



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

MARIA PAULA DE SOUZA VERAS MENDONÇA

**A APLICABILIDADE DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A APLICABILIDADE DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Autor: Maria Paula de Souza Veras Mendonça

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel, no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIA PAULA DE SOUZA VERAS MENDONÇA

A Aplicabilidade do Bloco de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
(Orientador)

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
(Membro)

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
(Membro)

Agradecimentos

Agradeço à minha família pelo amor, carinho, apoio incondicional e constantes incentivos durante todo este tempo em que estive na Universidade.

Ao meu orientador, Professor Paulo Blair, agradeço imensamente pela disponibilidade, colaboração, atenção e gentileza durante o andamento do presente trabalho.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília que, durante esses anos de graduação, compartilharam seus conhecimentos jurídicos e experiências de vida.

Por fim, sou grata à Universidade de Brasília, que me agraciou com a oportunidade de crescimento acadêmico e pessoal imensuráveis.

FICHA CATALOGRÁFICA

Utilizar este [link](#), ou equivalente da Biblioteca Central, para gerar a Ficha e inseri-la aqui

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MENDONÇA, Maria Paula de Souza Veras. (2019). A Aplicabilidade do Bloco de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 78.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: A TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE	12
1.1 O Conceito de Bloco de Constitucionalidade	12
1.2 Parâmetro do Controle de Constitucionalidade	17
1.3 Supremo Tribunal Federal e o Bloco de Constitucionalidade	22
CAPÍTULO 2: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS	25
2.1 Incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos: uma análise a partir do marco temporal da Emenda Constitucional nº 45 de 2004	25
2.2 Convenção de Nova York e Tratado de Marrakesh	39
2.3 Direitos humanos como legitimador do Estado de Direito e suas Constituições	41
CAPÍTULO 3: APLICAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	48
3.1 Dificuldade de implementação do bloco de constitucionalidade no contexto brasileiro	48
3.2 A aplicação de tratados internacionais de direitos humanos com status constitucionais como parâmetro de controle de constitucionalidade	55
3.3 A construção da ideia do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro	62
3.4 Efetivação e concretização de direitos humanos	66
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	76

Resumo

A presente monografia visa analisar a aplicabilidade do Bloco de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria resulta na ampliação da parametricidade constitucional, de modo que o parâmetro de constitucionalidade não mais se limitará aos dispositivos expressos da constituição formal, alcançando outras normas materialmente constitucionais. Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, responsável pela adição do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, foi introduzido no país o fenômeno da “constitucionalização” de tratados e convenções de direitos humanos, os quais, caso forem aprovados na forma prevista pelo referido parágrafo, passam a ter status equivalente ao de emendas constitucionais, ideia que está em consonância com a teoria do bloco de constitucionalidade. Entretanto, parte da doutrina entende que, antes mesmo da referida emenda, tendo em vista o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição, tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos já contavam com uma hierarquia constitucional, devido à essência do seu conteúdo. Dessa forma, é feito um exame a fim de compreender como os tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil influenciarão o disposto em normas infraconstitucionais, objetivando entender que posição ocupam no ordenamento jurídico pátrio e sua relevância na proteção de direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, busca-se delimitar quais são as normas que compõem o bloco de constitucionalidade brasileiro através de um estudo doutrinário e jurisprudencial, especificamente de julgados do Supremo Tribunal Federal, uma vez que esse tema é relevante para estabelecer quais normas servirão de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Palavras-chaves: Bloco de Constitucionalidade; Parâmetro de Controle de Constitucionalidade; Constitucionalização; Tratados e Convenções Internacionais; Direitos Humanos.

Abstract

This dissertation aims to analyze the applicability of the Constitutionality Block in the Brazilian legal system. This theory results in the amplification of the constitutional parametricity, so that the parameter of constitutionality will no longer be limited to the expressed devices of the formal constitution, reaching other materially constitutional norms. With the advent of Constitutional Amendment 45/2004, which was responsible for adding paragraph 3 to article 5 of the Federal Constitution of 1988, the phenomenon of "constitutionalisation" of human rights treaties and conventions was introduced in the country, which, if approved in the way described in this paragraph, would have equivalent status to constitutional amendments, idea which is the base of the constitutionality block theory. However, part of the doctrine understands that before this amendment, in view of article 5, paragraph 2 of the Constitution, international treaties regarding human rights already had a constitutional hierarchy, due to the essence of its content. Thus, an examination is made to understand how the human rights treaties internalized by Brazil will influence the provisions in infraconstitutional norms, aiming to understand what position they have in the legal order and its relevance in the protection of fundamental rights of individuals. Thus, it is sought to delimit what are the norms that compose a possible Brazilian constitutional block through a doctrinal and jurisprudential study, specifically of judgments of the Federal Supreme Court, since this theme is relevant to establish which norms will serve as parameters for the control of constitutionality.

Keywords: Constitutionality Block; Constitutionality Control Parameter; Constitutionalisation; International Treaties and Conventions; Human Rights.

INTRODUÇÃO

O Bloco de Constitucionalidade, conceito francês, anteriormente chegou a ser nominalmente mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em duas ocasiões em sede de controle de constitucionalidade, nas quais não foi, contudo, aplicado na prática.

A ideia do Bloco de Constitucionalidade defende a aplicação da constituição material em âmbito de controle de constitucionalidade¹. Em decorrência disso, é relevante o seu estudo buscando esclarecer quais normas são integrantes do bloco de constitucionalidade de um determinado país. Afinal, através da teoria do bloco de constitucionalidade, o parâmetro de controle não estaria limitado à constituição formal, passando a alcançar, além do texto constitucional, outras normas previstas na legislação, interna ou externa, em convenções e até mesmo em tratados internacionais, desde que as matérias por eles definidas sejam essencialmente de constituição.

No direito comparado, a teoria do Bloco de Constitucionalidade está em cabal harmonia com a tendência de controle de constitucionalidade contemporâneo. Não obstante o *common law* e o *civil law* sejam famílias distintas, existem técnicas de controle comuns a todos os direitos. Dessa forma, um dos movimentos comuns é justamente o alargamento do parâmetro do controle de constitucionalidade para além da denominada constituição formal.

O conceito de bloco de constitucionalidade teve origem em um país cuja constituição é breve. O ordenamento francês carecia de dispositivos que tratassem sobre direitos humanos dentre o rol de normas capazes de figurar como parâmetro de controle de constitucionalidade. Diante dessa problemática, o Conselho Constitucional da França implementou a ideia do bloco a fim de utilizar normas que versassem sobre esses direitos em sede de controle, de modo a ampliar o parametricidade constitucional.

No primeiro capítulo é analisada a criação e evolução da teoria do bloco de constitucionalidade francês e, além disso, tratar-se-á das suas particularidades, apontando quais normas integram o referido bloco e quais são aquelas que não o compõem. Em seguida, será demonstrada a relevância da utilização e da delimitação

¹"Definir el bloque de la constitucionalidade es tratar de establecer un concepto material de 'Constitución' que no coincide exactamente, o solo parcialmente, com el concepto puramente formal". (FAVOREU, Louis; RUBIO LLOENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 109).

precisa desse conceito, enfatizando, especialmente, a relação do bloco de constitucionalidade com a ampliação do controle de constitucionalidade. Enfim, é feito um estudo dos primeiros julgados do STF que tratam do conceito do referido bloco.

Esse trabalho tem como objetivo verificar a viabilidade de aplicação da teoria do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que a Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorre com a Carta Francesa, tem como uma de suas características o fato de ser analítica. Desse modo, analisar-se-á de que maneira o referido bloco de constitucionalidade é incorporado ao ordenamento pátrio e as consequências de sua utilização, especialmente no que toca a temática dos direitos humanos.

Dessa forma, no segundo capítulo é estudado o principal fundamento jurídico – artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal², o qual foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – para aplicação do bloco de constitucionalidade no direito brasileiro.

O referido dispositivo cria a possibilidade de “constitucionalização” de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, isto é, tais tratados poderão ser ratificados através de processo legislativo similar ao de emendas à constituição, hipótese que gera a ideia de equivalência desses tratados às emendas, noção esta que é o cerne do bloco.

Nesse capítulo, por conseguinte, será realizada uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária visando compreender quais tratados e convenções internacionais possuem status constitucional e, portanto, são aptos a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro. Para isso, será feita uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal objetivando compreender o posicionamento dessa Corte Constitucional acerca do status normativo de tratados e convenções internacionais antes e depois do advento a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Ademais, no campo doutrinário, serão traçadas as diferenças entre as teses relacionadas ao status normativo dos tratados e convenções de direitos humanos – tese do status legal, defendida por Maurício Andreiuolo Rodrigues e Laerte José Castro Sampaio; tese do status supralegal, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes; tese do

² Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)(BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

status constitucional, adotada por Flávia Cristina Piovesan; e tese do status supraconstitucional, professada por Celso de Albuquerque Mello.

Por fim, no terceiro capítulo desse trabalho, é averiguada qual a principal dificuldade para a implementação da teoria do bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, debruçando-se sobre o direito comparado, uma vez que serão realizadas comparações entre a constituição brasileira e a constituição francesa.

No último capítulo, também é desenvolvida uma pesquisa jurisprudencial a fim de verificar como as normas materialmente constitucionais, que não estão expressamente dispostas no texto constitucional, vêm sendo compreendidas pelo STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade. E, além disso, será estudado como a posição adotada pelo STF diante dessas normas de status constitucional impactam na efetivação e concretização de direitos fundamentais no contexto constitucional brasileiro.

CAPÍTULO 1: A TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 O Conceito de Bloco de Constitucionalidade

A Constituição foi construída pelo homem no decorrer da história, não sendo algo concedido pela natureza. A criação da Constituição e do Estado Constitucional ocorreu no bojo de um movimento histórico, político, cultural e jurídico denominado Constitucionalismo.

A tipologia das Constituições é uma temática de ampla proeminência na Teoria do Direito Constitucional, dado que, ao se conhecer mais a respeito das características constitucionais de uma nação, também é possível polir-se um pouco mais acerca da história, cultura, poderes, funções estatais e as suas especificidades.

É possível a adoção, com apoio da doutrina, de inúmeros parâmetros classificatórios, podendo ser citado como exemplos: modo de elaboração, forma, alterabilidade, origem, conteúdo, correspondência com a realidade, extensão, finalidade, dentre diversos outros.

No que tange o conteúdo, uma Constituição pode ser classificada como formal ou material. A primeira é aquela que não traz segmentação entre as suas normas, priorizando a forma em relação ao conteúdo de seus dispositivos. É certo que se examina a substância das normas, porém, não existe diferença hierárquica entre elas, pois a Constituição não viabiliza verdadeiras contraposições entre os seus dispositivos, uma vez que ela é um todo harmônico.

Já uma Constituição material é aquela que consagra como norma constitucional todas as leis, convenções e tratados contando que versem sobre tema materialmente constitucional, estando ou não consagrados em um documento escrito. É uma Constituição composta por um conjunto de normas essencialmente constitucionais – que versam sobre temas típicos de constituição –, as quais nem sempre estão previstas no texto constitucional. Assim, a reunião de todas as normas materialmente constitucionais, onde quer que elas se encontrem, origina a chamada Constituição material. Trata-se, portanto, de uma criação ideal, não tendo manifestação física.

O conceito de Bloco de Constitucionalidade nasceu dessa antiga distinção entre constituição formal e material. Tal concepção é uma releitura da Constituição material e aplicação deste conceito ao controle de constitucionalidade. Assim, o parâmetro do controle não se limitará mais à constituição formal, passando a alcançar diversas outras normas, desde que sua matéria tenha substrato constitucional.

O Bloco de Constitucionalidade é uma formulação francesa que teve origem na doutrina administrativa desse país e foi posteriormente adotado pela jurisprudência do Conselho Constitucional da França, conforme pode ser extraído da Decisão nº 71-44 DC, de 16.07.1971. Na doutrina, esse conceito nasceu de uma obra seminal de Louis Favoreu, que cunhou essa ideia em seu livro titulado “O Bloco de Constitucionalidade”.

Na Decisão nº 71-44 DC, de 16.07.1971³, ao promover a liberdade de associação⁴ ao nível de “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”, o Conselho Constitucional francês deu origem, em seu ordenamento jurídico, a um bloco composto por princípios e regras dotados de força constitucional.

As normas que fazem parte do Bloco de Constitucionalidade francês foram definidas ao longo dos anos por meio da jurisprudência firmada pelo Conselho Constitucional daquele país. Em um primeiro momento, os comentários advindos da doutrina francesa relativos à ideia do Bloco de Constitucionalidade poderiam sugerir que tal conceito seria, no que diz respeito ao seu conteúdo, vago e inutilizável na França. Todavia, desenvolvimentos correntes levaram a noções precisas e atuais da concepção do Bloco.

Após alguns anos de experimentação, o Conselho Constitucional da França foi capaz de impor ao legislador nacional o respeito a padrões claramente definidos, seguindo uma jurisprudência firme e determinada. Dessa maneira, o Bloco de Constitucionalidade passou a ser compreendido como uma forma adequada para designar o complexo de regras e princípios de relevância constitucional, apresentando-se como um “conjunto que no puede ser escindido, dividido”⁵.

Nas primeiras decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade, ao aplicar a ideia do Bloco de Constitucionalidade, o Conselho Constitucional francês reconheceu uma grande liberdade no emprego dos seus parâmetros de referência,

³ A Decisão nº 71-44 DC, de 16.07.1971 foi responsável por soerguer a liberdade de associação, norma até aquele momento infraconstitucional, ao patamar de princípio fundamental. Nas palavras de Miguel Josino Neto: “A partir de 1971 o Conselho Constitucional, usando do seu poder de interpretação, passou a recriar, incessantemente, a Constituição. Recriar a Constituição significa ampliar os seus domínios, espargir seus horizontes, encarando-a como um sistema aberto de regras e princípios permeável a valores jurídicos suprapositivos, onde a ideia de justiça e de plena concretização dos direitos fundamentais têm um papel de significativa relevância. A compreensão do que seja o bloco de constitucionalidade permite um reencontro com o direito e a ética, a partir da perspectiva de que a releitura de princípios, e a incorporação de outros, dá à Constituição uma nova dimensão, valorizado a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a paz, a justiça e a igualdade” (Miguel Josino Neto. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. p. 02).

⁴ O art. 2º da Lei francesa de 1901 indicava que as associações de pessoas poderão se formar livremente sem autorização nem declaração prévia.

⁵ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madri: Civitas, 1991, p. 3.

utilizando de forma extensiva a noção de “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” em seus julgamentos.

Segundo Louis Favoreu, a partir de 1976, o Conselho Constitucional passou a utilizar regularmente a expressão "princípios de valor constitucional" para designar as normas não inscritas no corpo dos textos constitucionais.

Na França, existia a tendência de considerar que algumas das normas de parâmetro utilizadas pelo Conselho Constitucional se identificavam com os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, os quais eram, em um primeiro momento, vistos como vagos e como tendo sido extraídos e empregados ao caso concreto de maneira arbitrária.

Entretanto, na realidade, não é correto presumir que o Conselho Constitucional extraía e utilizava tais princípios de forma totalmente livre e discricionária, uma vez que os requisitos exigidos para que se determine a existência de um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República são cada vez mais rigorosos: é necessário que se trate de uma legislação republicana aprovada anteriormente à entrada em vigor do Preâmbulo de 1946 e, cumulativamente, não deve haver nenhuma exceção à tradição estabelecida na esteira das várias leis aprovadas, caso contrário, não poderia ser vista como geradora de um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República.⁶

Dessa forma, fica claro que no ordenamento jurídico francês, não é toda e qualquer normas infraconstitucional que pode ser elevada ao status de "princípio fundamental reconhecido pelas leis da República", há critérios rigorosos que devem ser seguidos a fim de que estas normas possam figurar como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Conforme entendimento jurisprudencial, determinadas normas não são incluídas na concepção de Bloco de Constitucionalidade francês, são elas: os princípios gerais de direito, as normas internacionais e os regulamentos das assembleias.

⁶“La lista de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República consagrados por el Consejo Constitucional es más bien restringida:

Han sido admitidos hasta aquí y aplicados como normas constitucionales los siguientes: la libertad de asociación (71-44 DC del 16 de julio de 1971, *Rec.* 29); los derechos de defensa (76-70 DC de 2 de diciembre de 1976, *Rec.* 39); la libertad individual (76-75 DC del 12 de enero de 1977, *Rec.* 33); la libertad de enseñanza (77-87 DC del 23 de noviembre de 1977, *Rec.* 42); la libertad de conciencia (77-87 DC); la independencia de la jurisdicción administrativa (80-119 DC del 22 de julio de 1980, *Rec.* 49); la independencia de los profesores de universidad (83-165 DC del 20 de enero de 1984, *Rec.* 30); la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (86-224 DC del 23 de enero de 1987, *Rec.* 8; 89-261 DC de) 28 de julio de 1989, JO de 1 de agosto de 1989, p. 9681); y, en fin, la autoridad judicial guardián de la propiedad privada (89-256 DC del 25 de julio de 1989, JO de 28 de julio de 1989, p. 9501).” (FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madri: Civitas, 1991, p. 10).

No que diz respeito aos regulamentos das assembleias parlamentares, apenas se em seu corpo for reproduzida uma disposição constitucional é que tal regulamento servirá, parcialmente, de parâmetro de controle, isto é, somente irá compor o Bloco de Constitucionalidade na medida em que for feita essa reprodução de normas constitucionais.

Além disso, as normas internacionais também não integram o Bloco de Constitucionalidade. O Conselho Constitucional, em uma de suas decisões, rejeitou controlar a constitucionalidade das leis tendo como parâmetro tratados internacionais. De qualquer forma, implicitamente convidou os juízes ordinários a aplicarem o artigo 55 da Carta francesa⁷, o qual indica que os tratados possuem uma autoridade superior à lei, descartando qualquer lei contrária a um tratado, mesmo se tal lei fosse posterior a ele, atribuindo aos tratados internacionais um status supralegal.

Por fim, a confusão entre princípios qualificados como "fundamentos reconhecidos pelas leis da República", os quais são invocados pelo Conselho Constitucional, e os "princípios gerais de direito", estabelecidos pelo Conselho de Estado, deve ser evitada, conforme defende Louis Favoreu. Diferentemente dos primeiros, os princípios gerais de direito, que não integram o Bloco de Constitucionalidade francês, são preceitos de origem jurisprudencial que constituem uma fonte específica de direito. De forma distinta, os "fundamentos reconhecidos pelas leis da República" é um termo do vocabulário que designa algumas normas cuja fonte é sempre um texto constitucional.

Até os dias de hoje, o sistema jurídico francês firmou que o Bloco de Constitucionalidade, que se destina a aplicar a constituição material em controle de constitucionalidade – de modo que o parâmetro de controle não seria mais delimitado exclusivamente pelas normas da constituição formal – é composto pela Constituição de 1958, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, proposta por Lafayette, é considerada um antecedente próximo dos direitos humanos, isto é, integra um conjunto de documentos escritos essenciais ao processo histórico evolutivo dos direitos humanos, ao lado da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, da Declaração de Independência dos EUA, das Constituições francesas de 1791, 1793 e 1848, da Carta das Nações Unidas, dentre outros documentos vinculados

⁷ Artigo 55º, Constituição Francesa: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte.

principalmente ao constitucionalismo inglês, francês e norte-americano e às Nações Unidas.

O jurista e filósofo Georg Jellinek comparou o conteúdo dessa Declaração Francesa com o da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e concluiu que a primeira, na verdade, não possuía nenhuma ideia jurídica original, tendo sido inspirada pela Declaração da Virgínia. Interessante ressaltar que a Declaração da Virgínia e a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América foram ambas escritas por Thomas Jefferson, o qual, anos depois, foi embaixador dos Estados Unidos na França, quando foi escrita a Declaração Francesa, tendo ele participado daquela ambiência política.

Além disso, Jellinek também constatou que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão era um texto menor, quando comparado à Declaração da Virgínia, que deixava de prever o direito de associação e reunião, liberdade de circulação e o direito de petição, os quais foram garantidos somente depois, no texto modificado dessa Declaração, que foi incorporado à Constituição francesa de 1791.

Mais tarde, após ser revista e aumentada, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi incorporada à Constituição francesa de 1791 como preâmbulo e, portanto, não tinha força normativa. Essa reforma foi realizada no bojo do movimento revolucionário e serviu de preâmbulo também para a Constituição francesa de 1793. Atualmente, o Preâmbulo da Constituição de 1946 também refere-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, texto fundamental na história política francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tem papel fundamental na difusão da expressão “direitos do homem” e na afirmação da universalidade desses direitos. Segundo Fábio Comparato, no decorrer os debates da Assembleia Francesa, ficou clara a ideia de que se tratava de direitos de todos os tempos e, além disso, direitos de todos os povos⁸:

Os males públicos e a corrupção dos Governos decorrem da ignorância, esquecimento ou desprezo dos direitos do homem, tendo isso em vista, resolveu declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, para que esta declaração, lembre permanentemente seus direitos e deveres⁹.

⁸"Durante todo o debate sobre a Declaração dos Direitos, vários oradores manifestaram-se, reiteradamente, em favor de seu alcance universal; de onde a utilização preferencial do termo 'homem', em lugar de 'cidadão'" (RIALS, Stéphane. *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris (Hachette), 1988, pp. 350 ss.).

⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Assembleia Constituinte Francesa, 26/08/1789).

O ordenamento jurídico francês optou pelo emprego da ideia do bloco de constitucionalidade, a fim de tornar viável o controle de constitucionalidade através da adoção de parâmetros de normas cujas matérias estejam relacionadas a direitos fundamentais. Afinal, a França possui uma Constituição que não faz menção em seu corpo aos direitos fundamentais ou ao tratamento que deveria ser dado às liberdades públicas, matérias que são abordadas no Preâmbulo da Constituição de 1946, através de referências a um documento culminante da Revolução Francesa. Assim, o Preâmbulo de 1946 é uma declaração de direitos econômicos e sociais que é aperfeiçoado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão datada de 1789, que é um marco da primeira geração de direito humanos¹⁰ – direitos civis e políticos clássicos.

Assim como acontece no Brasil, entende-se, na França, que o Preâmbulo não faz parte da Constituição. Dessa forma, caso não fosse criado um conceito maior de Constituição, não existiria parâmetro para que o controle de constitucionalidade fosse efetuado tendo como base tais matérias no sistema francês.

Ressalta-se que não existe hierarquia entre as normas que compõem o Bloco de constitucionalidade, mas sim uma homogeneização dessas normas. O processo de estruturação do Bloco foi capaz de originar um conjunto constitucional suficientemente harmonioso e coerente, combinando modernidade e tradições e, acima de tudo, os direitos fundamentais foram finalmente incluídos ao conjunto de normas aptas a servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade¹¹.

Assim, conforme abordaram Ana Maria D'Ávila Lopes e Ismael Evangelista Moraes, o bloco de constitucionalidade remonta a um "conjunto de normas que constitui um bloco normativo de nível constitucional em conjunto com a constituição codificada de um Estado"¹².

1.2 Parâmetro do Controle de Constitucionalidade

As normas constitucionais são normas jurídicas que contêm quatro grandes características que permitem a sua identificação: superioridade hierárquica, conteúdo específico, natureza da linguagem e caráter político.

¹⁰ Direito à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

¹¹ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madri: Civitas, 1991, p. 41.

¹² LOPES, Ana Maria D'Ávila. MORAES, Ismael Evangelista Benevides. *Direito constitucional*. 2 ed. Fortaleza: LCR, 2008b, p. 25.

Hans Kelsen introduziu a ideia de que a ordem jurídica é hierarquizada, de modo que a Constituição ocupa o ápice de tal ordem e, portanto, serve de fundamento comum de validade de qualquer outra espécie normativa que forme a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição.

A Constituição, por se tratar de foco irradiador de validade de todas as outras espécies normativas, em determinadas situações é utilizada como fundamento de validade e, em outras, como fundamento mediato e indireto de validade. Há, portanto, uma importante distinção entre controle de constitucionalidade e o denominado controle de legalidade, segundo Mauro Cappelletti. Desse modo, a lei e atos normativos buscam fundamentação imediata e direta de validade na Constituição, estando sujeita a controle de constitucionalidade. Em contrapartida, decretos, portarias e ordens de serviço, por exemplo, nunca buscarão fundamentação de validade direta ou imediata na constituição, mas sim fundamentação mediata e indireta, não estando sujeitos ao controle de constitucionalidade, e sim ao controle de legalidade.

Outra característica da Constituição, é o fato dela ser composta por normas de caráter político. Em outras palavras, as normas da Constituição exercem um papel dúplice ao servir tanto como fator de legitimação – legitimaram o poder que a sociedade atribuiu ao Estado – quanto como fator de limitação – restringem a atuação do Estado em benefício da sociedade. Por interpretar a Constituição, o Supremo Tribunal Federal é, conseqüentemente, um tribunal político, uma vez que a característica das normas por ele interpretadas irá impregnar a atividade que é por ele desempenhada.

A ideia de conteúdo específico está vinculada a um conteúdo mínimo que faz parte da Constituição, sendo duas as suas matérias típicas. A primeira matéria diz respeito à divisão do exercício do poder político – parte orgânica que trata da organização do Estado – e a segunda a direitos, garantias e remédios constitucionais – parte dogmática, que é construída sobre o dogma da dignidade da pessoa humana.

Por fim, a ideia da linguagem da norma da constituição possui natureza distinta. Há uma distinção entre grau de abertura e grau de densidade. No que diz respeito às normas constitucionais, o grau de abertura é alto, aspecto que precisa ser considerado pelo intérprete da constituição. Essa situação faz com que tal intérprete possa ter que desempenhar um papel de concretizador do comando constitucional, que, em geral, não é comum na legislação. Afinal, para permitir que a norma abstrata se aplique ao caso concreto, o intérprete deve se colocar entre as duas, de modo a intermediar essa relação, para permitir a concretização do que é abstrato ao caso concreto.

No Brasil, estão vinculadas ao controle de constitucionalidade: a percepção de uma constituição formal, de supremacia hierárquica da constituição em relação às demais leis e atos normativos, a ideia do estabelecimento de um Estado de Direito – Estado no qual o direito tem uma importância central e o governante deve governar à luz do direito –, a existência de limites ao Estado e aos governantes, a garantia de direitos fundamentais e a ideia de separação de poderes.

O Ministro Luís Roberto Barroso destaca que o constitucionalismo, em essência, aponta para duas ideias: a limitação do poder e a supremacia da lei (*rule of the law*)¹³. No que tange às limitações, podemos classificá-las como limitações materiais, as quais incluem determinados valores básicos (como dignidade da pessoa humana, justiça, solidariedade) e direitos fundamentais. Há também limitações relativas a separação dos poderes e aos mecanismos de freios e contrapesos entre os poderes (*check and balance*). Outra espécie de limitação são as processuais, advindas do devido processo legal procedimental (regras procedimentais de observância obrigatória, como o contraditório, a ampla defesa e a inviolabilidade do domicílio) e do devido processo legal substantivo (ligado às regras substantivas, como racionalidade e proporcionalidade).

A fim de que tais limitações do poder e que a supremacia constitucional sejam respeitadas, existem no ordenamento jurídico mecanismos de controle de constitucionalidade através dos quais a constituição torna nula qualquer lei ou ato normativo inferior que a contradiz.

O controle de constitucionalidade é feito sobre uma norma legal (objeto) e em relação a norma constitucional (parâmetro). Esse controle é uma metodologia político-jurídica de balizar o poder e, além disso, de instituir limites ao próprio legislador e aos outros órgãos e poderes públicos.

Caso a ideia do bloco de constitucionalidade seja aceito, o parâmetro do controle de constitucionalidade não ficará mais limitado à constituição formal, passando a alcançar outras normas – previstas na legislação, em tratados, normas internas, normas internacionais, dentre outras –, desde que a matéria seja típica de constituição. A título de exemplo, é possível enumerarmos normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro que, apesar de se encontrarem fora do texto constitucional, retêm matérias típicas de constituição e, portanto, caso venham a ser incluídas ao Bloco de

¹³ BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional comparado: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.107.

Constitucionalidade brasileiro, passariam a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade. O artigo 16 do Código Civil, por exemplo, dispõe que toda pessoa frui do direito ao nome, assunto manifestamente de caráter constitucional, uma vez que está associado a direitos fundamentais.

A situação exemplificada anteriormente se repete no Código de Processo Civil, peguemos como exemplo o artigo 238, responsável por regular a citação, instrumento que permite a ampla defesa e perfaz o contraditório, os quais são exemplos de garantia constitucional.

O Código Penal também compreende normas típicas de constituição, como é o caso do artigo 150, que traz a conceituação de domicílio, o que está nitidamente relacionado com a garantia constitucional que consagra a inviolabilidade do mesmo.

No Código de Processo Penal, em seu artigo 282, são estabelecidas as formalidades que devem ser observadas para que seja efetuada uma prisão provisória, assim, o fato de dispor que ninguém pode ser preso antes do trânsito em julgado de uma sentença ou acórdão penal condenatório, salvo em flagrante delito, punição disciplinar militar ou decisão fundamentada pela autoridade judicial competente, é suficiente para percebermos que o referido artigo trata de uma garantia constitucional.

Além dos exemplos já mencionados, o Código Tributário Nacional também contém dispositivos materialmente constitucionais, tal como o seu artigo 9, que impõe limitações ao poder de tributar, devido a necessidade de se respeitar a legalidade, anterioridade, vedação ao confisco e proibição de instituição de impostos que restrinjam a circulação de pessoas e coisas por Municípios ou por Estados.

Dessa forma, a definição do parâmetro constitucional adotada por um país surte amplo impacto no controle de constitucionalidade efetuado pelas Cortes constitucionais, sendo assim, há imprescindibilidade de uma delimitação clara do parâmetro de constitucionalidade admitido.

Em concordância com o entendimento de J.J. Gomes Canotilho, todos os atos normativos necessitam estar em harmonia com a Constituição. Como tanto os demais atos normativos quanto os atos legislativos precisam estar "subordinados formal, procedimental e substancialmente ao parâmetro constitucional"¹⁴, a doutrina busca entender em que se baseia esse parâmetro de controle. Em sua obra, Canotilho indica duas respostas possíveis para essa questão:

¹⁴CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 810.

(...) Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos atos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) O parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa a ser aferida, sob o ponto de vista da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.¹⁵

A primeira concepção apresentada pelo autor acima citado diz respeito à ideia de constituição formal, na qual os parâmetros de controle de constitucionalidade, isto é, as normas que integram o bloco de constitucionalidade, estão limitados às normas e princípios inseridos no texto constitucional.

Em contrapartida, na segunda perspectiva exposta por Canotilho, o parâmetro ultrapassa as normas formalmente constitucionais, alcançando também princípios embebidos pelos valores e “espírito” que compõem a ordem constitucional global.

Em decorrência disso, fica evidente a relevância do que é extraído do bloco de constitucionalidade, uma vez que a partir da definição das matérias que se encontram nele inseridas, poderá ser definido qual será o paradigma de confronto em sede de controle de constitucionalidade.

Assim, caso a ideia do Bloco de Constitucionalidade seja aceita em sua integralidade no Brasil e caso esse conceito venha de fato a ser aplicado, poderia ser cabível o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face do Código Civil, quando alude a nome; em face do Código de Processo Civil, quando alude à citação; em face do Código Penal, quando alude a domicílio; em face do Código de Processo Penal, quando alude às formalidades da prisão provisória; em face do Código Tributário Nacional, quando alude às limitações ao poder de tributar. Seria, então, colocar na posição de parâmetro, não na posição de objeto, normas que, na verdade, não tem forma de constituição, mas tem matéria típica de constituição, como acontece no ordenamento jurídico francês.

Mesmo o *common law* e *civil law* sendo famílias jurídicas diferentes, existem técnicas de controle comuns a todos os direitos. No direito comparado, uma das tendências do controle de constitucionalidade contemporâneo, tanto na *common law*

¹⁵Ibid. 1999, p. 811-812.

quanto na *civil law*, é justamente a ampliação da parametricidade constitucional, isto é, o alargamento do parâmetro de controle de modo a ultrapassar a constituição formal, sendo que a principal ocasião em que esse controle é ampliado chama-se Bloco de Constitucionalidade.

1.3 Supremo Tribunal Federal e o Bloco de Constitucionalidade

O Brasil, por meio da circulação dos modelos, já adotou, no mínimo, em dois acórdãos o conceito de Bloco de Constitucionalidade advindo da França. Apesar de já ter sido citado anteriormente, a ideia do bloco de constitucionalidade, nessas ocasiões, não chegou a ser aplicada na prática, tratando-se de uma citação de caráter meramente científico e acadêmico, não algo ligado à prática processual.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) expressamente tratou do conceito de Bloco de Constitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 595/ES, de 18.02.2002), ocasião em que, malgrado tenha se pronunciado a respeito da existência de um bloco de constitucionalidade, não efetivamente empregou esta ideia, limitando-se a tratar dos seus aspectos conceituais.

Posteriormente, na ADI nº 514/PI, julgada em 2008, o STF também chegou a fazer menção a esse conceito em seu acórdão, tratando expressamente a respeito das particularidades da concepção de Bloco de Constitucionalidade.

A primeira decisão do STF a fazer menção à noção de bloco de constitucionalidade discutia, no mérito, a iniciativa legislativa do Ministério Público estadual para propositura de projeto de lei que versasse acerca da fixação de vencimentos dos seus membros e serventuários. Como houve, após o ajuizamento dessa ação direta de inconstitucionalidade, reforma da Constituição, através da Emenda Constitucional nº 19/98, modificando significativamente as normas da Constituição que foram utilizadas como parâmetro para fomentar o controle, a ADI nº 595/ES restou prejudicada.

No corpo da decisão da ADI nº 595/ES, o Relator Ministro Celso de Melo ressaltou, pela primeira vez no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a elucidação da acepção de bloco de constitucionalidade:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política [...] É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de

formular um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.¹⁶

Vislumbra-se que a posição adotada pelo STF, nesse primeiro contato com o conceito de Bloco de Constitucionalidade é deveras cautelosa.

Em um segundo momento, mais especificamente no julgamento da ADI nº 514/PI de março de 2008, nota-se que o raciocínio da mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro manteve-se o mesmo:

FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. REVOGAÇÃO TÁCITA DE UMA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS E MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO PARÂMETRO DE CONTROLE INVOCADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DIPLOMAS LEGISLATIVOS QUESTIONADOS. HIPÓTESES DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA, QUANDO SUPERVENIENTES AO SEU AJUIZAMENTO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. **A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.** POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. **O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS.** IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DEDUZIDA EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. DEVER PROCESSUAL, QUE INCUMBE AO AUTOR DA AÇÃO DIRETA, DE FUNDAMENTAR, ADEQUADAMENTE, A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SITUAÇÃO QUE LEGITIMA O NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES.

(...) Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia. Quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem – a Constituição escrita ou a ordem constitucional global (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 712, 4a ed., 1987, Almedina, Coimbra) – , não pode o autor deixar de referir, para os efeitos mencionados quais as normas, quais os princípios e quais os valores efetiva ou potencialmente lesados por atos estatais revestidos de menor grau de positividade jurídica, sempre

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 595. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2002.

indicando, ainda, os fundamentos, a serem desenvolvidamente expostos subjacentes à arguição de inconstitucionalidade [...]¹⁷.

A ADI nº 514/PI também restou prejudicada, uma vez que as normas estaduais objetos de impugnação nessa ação de controle foram substancialmente alteradas por lei estadual superveniente. Em decorrência disso, foi reconhecida a prejudicialidade da ação direta, afinal, após o seu ajuizamento, sobreveio a cessação da eficácia das normas questionadas no processo objetivo, o que consequentemente provocou a extinção do processo de controle abstrato.

Além disso, no tocante a determinadas normas impugnadas na ação objeto de análise, a norma constitucional adotada como parâmetro de controle de constitucionalidade que teoricamente foi desrespeitada foi substancialmente alterada em seu conteúdo devido ao advento de uma Emenda Constitucional, tornando inexecutável o controle concentrado da norma estadual em face do dispositivo constitucional apontado como referência. Como trata-se de inspeção normativa abstrata, é de elementar relevância no reconhecimento da ação direta de inconstitucionalidade a noção de parametricidade, isto é, a peculiaridade que permite conferir à norma constitucional o atributo de paradigma de controle.

No decorrer da decisão, o Ministro Relator destaca que a procura do paradigma de enfrentamento, por consequência, denota, em última análise, a busca de um critério de comparação que permita ao intérprete a apuração da fidelidade hierárquico-normativa de certa lei ou ato normativo, impugnado diante da Constituição.

Ademais, destaca que é responsabilidade do autor da ação singularizar de forma expressa quais as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade que aduz como parâmetros da inconstitucionalidade do ato ou lei impugnada¹⁸.

Ainda no que diz respeito ao Bloco de Constitucionalidade, o Ministro Celso de Mello enfatizou a importância da definição desse conceito, pois o conteúdo que o integra é dotado de importante caráter constitucional, uma vez que ditará quais são as normas parâmetros capazes de determinar a constitucionalidade ou não dos atos estatais que venham a ser questionados perante a Carta Magna.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 514. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de março de 2008.

¹⁸ Posicionamento exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 514/PI, 2008.

CAPÍTULO 2: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

2.1 Incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos: uma análise a partir do marco temporal da Emenda Constitucional nº 45 de 2004

O século XX foi marcado por duas grandes Guerras Mundiais. Em 1945, com o fim da Segunda Guerra, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos. A partir de então, passamos de titulares do poder constituinte apenas no plano interno do país para titulares de um poder constituinte que também está fora do Estado, o poder supranacional¹⁹.

Em decorrência de sermos também titulares do poder constituinte supranacional, devemos ser respeitados aonde quer que nos encontremos, não somente nos limites territoriais brasileiros. É notório que o indivíduo começou a ocupar o espaço de epicentro do ordenamento jurídico, de modo que a visão de internacionalização dos direitos humanos ampara o poder constituinte supranacional. Em consequência disso, somos sujeitos de direito também no plano internacional.

A partir da ideia de globalização e universalização, a fase atual do constitucionalismo convive com uma intensa internacionalização das relações humanas, jurídicas, sociais e políticas. Assim, há uma íntima correlação entre o constitucionalismo e as instâncias internacionais, de modo que a ideia tradicional de Estado Nacional Soberano, que existiu durante toda formatação do constitucionalismo moderno, nesse contexto, sofre transformações significativas.

Embora o Estado Nacional Soberano ainda tenha um papel fundamental na arena política e social – inclusive no contexto internacional –, ele tem convivido com outras fontes de poder jurídico e fático independentes no mundo globalizado – instâncias supranacionais e instâncias internacionais.

O processo de internacionalização da constituição é um movimento que parte de dentro do Estado para fora dele, de modo que a compreensão de que o Estado é regido por uma constituição é levada para um plano internacional. Surgem documentos

¹⁹ O Poder Constituinte Supranacional não observa os requisitos tradicionais impostos ao Poder Constituinte Originário. O Poder Supranacional está vinculado à ideia de que certas normas são cogentes no âmbito do Direito Internacional, de modo que determinados direitos, em especial direitos humanos, vinculam e obrigam todos os Estados. Esta característica está fortemente ligada ao fato de que direitos humanos e fundamentais têm como um de seus atributos a universalidade, isto é, todos seres humanos são titulares desses direitos.

internacionais impregnados de noções similares à constituição e impregnados por elementos da teoria tradicional da constituição.

O direito internacional dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, com surgimento de convenções e tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, é um exemplo desse processo. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, a título de exemplo, é algo que para os Estados Europeus tem elementos típicos da teoria constitucional. Na mesma linha, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos abrange o mundo inteiro e tem elementos tradicionais aos de constituição.

Há também o denominado processo de constitucionalização do direito internacional, que se trata de um movimento que se dá de fora para dentro, ou seja, há a acoplagem de regras internacionais nas ordens constitucionais estatais. Assim, o direito internacional, convenções e tratados passam a integrar o direito estatal, assumindo nos Estados uma posição que pode ser constitucional, supralegal ou legal. No contexto brasileiro, por exemplo, o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição de 1988, fornece um procedimento através do qual normas internacionais possam se acoplar ao direito interno.

O fenômeno da constitucionalização, por incentivar a extensão das normas integrantes do direito positivo de um país, está em sintonia com a criação de um bloco de constitucionalidade pátrio. Afinal, normas internacionais passam a ser incorporadas ao ordenamento interno dos países e, quando possuírem características materialmente constitucionais, podem, por vezes, adquirir status constitucional.

Em síntese, como resultado da globalização, passam a existir relações íntimas das ordens nacionais dos diversos Estados entre si e na relação das normas internas de cada Estado com normas internacionais, supranacionais e organismos internacionais.

A Constituição Federal de 1988 além de ter engrandecido direitos no âmbito interno, também se abriu para o plano internacional. Exemplo disso é o disposto em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que estabelece que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Em 1988, a única forma de incorporação das convenções e tratados internacionais, independentemente da matéria tratada, era fruto da combinação do artigo 49, inciso I com o artigo 84, inciso VIII, ambos da Constituição Federal. Dessa forma, o Presidente da República estava encarregado de assinar o tratado,

submetendo-o à aprovação pelo Congresso Nacional através de decreto legislativo, que não exigia quorum especial. Quando aprovado por decreto legislativo, retornava para o Presidente da República, que o promulgava sob a forma de decreto presidencial, o qual somente poderia ter status de lei ordinária federal, ou seja, norma infraconstitucional. Note-se que, até os dias de hoje, essa é a única forma de incorporação de tratados que não abordem temas relacionados a direitos humanos, isto é, esses tratados têm incorporação meramente legalista e não se sobrepõem nem mesmo às leis ordinárias.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu a chamada "constitucionalização" dos tratados sobre direitos humanos, acrescentando o parágrafo 3º ao artigo 5º²⁰. Assim, os tratados que versem acerca de direitos humanos que passarem pelo crivo de dois turnos de votação em cada uma das Casas do Congresso Nacional e receberem no mínimo 3/5 dos votos de seus respectivos membros terão status de emenda constitucional, ou seja, de norma constitucional derivada, e servirão como parâmetro de controle de constitucionalidade. Importante destacar que os tratados que não dissertem sobre direitos humanos não poderão ser submetidos a esse procedimento especial.

Acerca dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos internalizados ao ordenamento normativo brasileiro anteriores à EC 45/04, há na doutrina quatro posições a respeito de seus status normativo.

De acordo com Laerte José Castro Sampaio²¹ e Maurício Andreiuolo Rodrigues²², tais tratados possuem um status legal, isto é, status equivalente à norma legal, não podendo complementar nem contrariar a Constituição.

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, conforme é possível extrair de seus votos, os tratados de direitos humanos teriam hierarquia intermediária entre a norma constitucional e a legal, isto é, um status supralegal. Isso significa dizer que esses tratados não podem alterar a Constituição, mas são capazes de atingir a legislação

²⁰ Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

²¹ SAMPAIO, Laerte José Castro. Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91.

²² RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191.

ordinária, impregnando-a com um efeito paralisante, ou seja, impedindo que normas legais sejam aplicadas quando estiverem em contrariedade com esses tratados.

No entendimento de Flávia Cristina Piovesan²³, esses tratados passam a ter um status equivalente à norma constitucional. Em outras palavras, os tratados e convenções de direitos humanos, em sua visão, atingem o texto da Constituição. Assim, caso haja um conflito entre norma constitucional e norma internacional, vigora a norma mais benéfica à pessoa humana no caso concreto. Adota-se um aspecto material, onde observa-se o conteúdo da norma e os direitos assegurados nos tratados. Ressalta-se que, de acordo com essa corrente doutrinária, o parágrafo 3º do artigo 5º, incorporado pela EC 45/04, é inconstitucional, uma vez que dificultou substancialmente a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, violando o princípio do retrocesso.

Nessa visão, o dispositivo é inconstitucional uma vez que as convenções e tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45 já tinham hierarquia constitucional, consagrada no parágrafo 2º do artigo 5º, o qual já conferia a esses tratados natureza equivalente à emenda. Assim, quando o parágrafo 3º surge e impõe que os tratados de direitos humanos sejam aprovados da mesma forma que as emendas, ele dificulta a internalização de tratados no Brasil e, portanto, seria inconstitucional por ter retrocedido em relação a esse tema, sob o argumento de que antes os tratados de direitos humanos não precisavam passar pelo procedimento especial e já teriam status constitucional.

Além disso, essa doutrina entende que o parágrafo 3º do artigo 5º, além de ser despropositado, seria também prejudicial, afinal, a emenda que o introduziu no ordenamento jurídico nacional é suscetível a ser declarada inconstitucional meramente por contrastar com limites materiais ao poder de reforma da Constituição.²⁴

Anteriormente à EC 45, a jurisprudência clássica do STF ia no sentido oposto, dado que se entendia que o parágrafo 2º nunca admitiu que os tratados internacionais de direitos humanos tivessem natureza de emenda, mas sim natureza de lei ordinária. A jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao status normativo das convenções e tratados de direitos humanos, julgava que quaisquer

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 151.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>.

tratados, sejam eles de direitos humanos ou não, tinham força de lei ordinária, de modo que não poderiam sequer versar sobre matéria reservada à lei complementar. Observe:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. CONVENÇÃO Nº 158/OIT. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPOREM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96). POSSIBILIDADE DE CONSTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENCOES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I, DO ADCT/88. REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. CONSEQUENTE **IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DE LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO** (CF, ART. 7º, I). CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7, I, C/C O ART. 10, I, DO ADCT/88). CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS. **POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES NA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**²⁵

Para Celso de Albuquerque Mello²⁶, os tratados e convenções de direitos humanos têm status superior ao de normas constitucionais (status supraconstitucional)²⁷. Dessa forma, caso haja conflito entre norma constitucional e norma internacional, vigora a norma mais benéfica à pessoa humana e, mesmo que o tratado seja anterior à Constituição, a norma mais benéfica prevalecerá. Esse é um entendimento mais radical que fixa uma certa limitação ao poder constituinte originário.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, a fim de se determinar o status normativo de uma convenção ou tratado internacional sobre direitos humanos, deve haver separação

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de setembro de 1996.

²⁶ MELLO, Celso Duduvier de Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.343-345.

²⁷ Nas palavras de Celso Albuquerque, “A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significa isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tende a revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”. (MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In. TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25).

entre os tratados internalizados antes da referida emenda e os que foram incorporados depois dela, afinal, os status e ritos de cada um deles serão distintos.

De acordo com o STF, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da EC 45/04 possuem status normativo supralegal e, conseqüentemente, seguem o rito descrito no artigo 49, inciso I e VIII: celebração do tratado pelo Presidente da República e ratificação pelo Congresso Nacional. Para que sejam aprovados e incorporados à ordem jurídica brasileira, devem passar pelo seguinte procedimento legislativo: aprovação em sessão unicameral, em um turno de votação, bastando maioria de votos simples, diferentemente do que ocorre com os tratados incorporados após a Emenda à Constituição nº 45.

Assim, a atual jurisprudência do STF entende que, como as normas dos tratados internacionais dos direitos humanos anteriores à EC 45 que estão em vigor no Brasil têm status supralegal, esses tratados revogam leis ordinárias e complementares. Em outras palavras, os referidos tratados tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com eles incompatíveis, seja tal legislação antecedente ou ulterior à ratificação. Essa posição tornou-se jurisprudência majoritária na Suprema Corte a partir do RE 349703 e o RE 466343 (j. em 03/12/2008):

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7, 7) ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva **lugar específico no ordenamento jurídico**, estando **abaixo da Constituição**, porém **acima da legislação interna**. O **status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos** subscrito pelo Brasil torna **inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante**, seja ela **anterior ou posterior ao ato de adesão**. (...) ²⁸

No que diz respeito à tese de supralegalidade, hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal, André de Carvalho Ramos, na obra "Curso de Direitos Humanos" aponta que essa tese aparece pela primeira vez no STF na fundamentação de um voto do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do recurso de HC 79785, em 29 de março de 2000, sobre o duplo grau de jurisdição, situação em que a referida tese não foi aceita, só vindo a ser consagrada, mais tarde, nos votos do Ministro Gilmar Mendes.

Note-se que o entendimento de que as normas dos tratados internacionais dos direitos humanos anteriores à EC 45 que estão em vigor no Brasil têm status supralegal

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

não é um tema pacífico. É possível que o STF um dia venha a reconhecer um status constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos anteriores à EC 45, pois há Ministros – Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e Cezar Peluso –, que entendem que a natureza desses tratados não é meramente supralegal, mas sim constitucional.

O Ministro Celso de Mello, no voto de sua autoria, proferido no HC 87585, julgado em 2008, revê seu posicionamento, passando a sustentar a tese do status constitucional:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de 'supralegalidade', como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes ou **impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer**) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, **que lhes confere natureza materialmente constitucional**, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de **bloco de constitucionalidade**.

Ou seja, na posição do Ministro Celso de Mello, convenções internacionais anteriores à EC 45 já integram o bloco de constitucionalidade, isto é, integram a constituição e possuem natureza constitucional. Sua posição fica ainda mais evidente na seguinte decisão:

Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que **atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos**.²⁹

Consequentemente, na visão do Ministro Celso de Mello, como os tratados internacionais anteriores à EC 45 possuem status constitucionais, eles integram o bloco de constitucionalidade, podendo ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Nessa perspectiva, quando houver antinomia às normas de tratados internacionais de direitos humanos e normas que compõem o texto da Constituição Federal, o Ministro Celso de Mello defende a aplicação da regra hermenêutica que

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96772. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de junho de 2009.

privilegia a norma mais favorável à pessoa humana, conforme pode ser visualizado no julgamento do HC 96772-8, 2009, de São Paulo:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse **processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável** (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, com forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridades humana tornarem-se palavras vãs.³⁰

Assim, o referido Ministro, em diversas ocasiões, reforçou o seu posicionamento acerca da força constitucional de tais tratados. No entanto, conforme pode ser observado, atualmente, esse entendimento não é o dominante no STF.

Inúmeros tratados de direitos humanos foram aprovados antes da EC 45/04, a qual possibilitou a sua constitucionalização. Em 2008, o STF decidiu a respeito de um status diferenciado ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), o qual estabelece que somente há uma modalidade de prisão civil por dívida, sendo ela a prisão do devedor de alimentos. A Constituição de 1988, no entanto, prevê a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel. Havia, portanto, uma colisão entre a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII³¹ e o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 7º, parágrafo 7º³², o qual somente permite prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar.

Então, o STF fixou que não seria mais possível no Brasil a prisão por infidelidade depositária, conforme o disposto na Súmula Vinculante 25: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito", resultante de uma soma de julgados, em especial o RE 466343/SP, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2008.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96772. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de junho de 2009.

³¹ Art. 5º, LXVII, CRFB/88 Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

³² Artigo 7º, parágrafo 7º, Pacto de San José da Costa Rica. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

No julgamento do RE 466343, conforme voto do Relator Ministro Cezar Peluso, é inadmissível a prisão civil de depositário infiel tendo em vista a insubsistência da previsão constitucional:

PRISÃO CIVIL. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. **Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas.** Interpretação do art. 5, inc. LXVII e p. 1, 2, 3, da CF, à luz do art. 7, p.7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). (...) É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.³³

Entretanto, não se pode dizer que essa é a posição prevalecente sobre o caso, pois nem todos aceitam que houve mudança da constituição. Afinal, como o seu status é supralegal, de acordo com entendimento dominante no STF, o tratado em análise está abaixo da Constituição, não podendo modificá-la. Porém, em contrapartida, esse tratado está acima da legislação ordinária, não tendo ele modificado a constituição, mas sim revogado as disposições infraconstitucionais que disciplinavam a prisão civil do depositário infiel. Em decorrência do efeito paralisante do tratado internacional, a base legal para a prisão de depositário infiel deixou de existir.

Ainda no âmbito do STF, há quem defenda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não é uma norma que possua natureza constitucional, e sim uma norma de hierarquia supralegal que revogou as normas ordinárias:

(...) o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como **norma supralegal** em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. **Não é norma constitucional** – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua **hierarquia intermediária** de norma supralegal autoriza **afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.**(...)³⁴

No STF há também posição que defende a utilização da norma mais benéfica relacionada à temática de direitos humanos:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A **NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.** - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos),

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94013. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009.

consistente em **atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica** (...) Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de **primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano**.³⁵

Não há uma única explicação quanto ao que realmente ocorreu diante do Pacto de San José da Costa Rica. O que existe são várias teorias que não necessariamente se excluem.

Em síntese, alguns defendem que houve mutação constitucional, isto é, que a redação do artigo da Constituição que trata do assunto continua a mesma, mas houve uma mudança informal da Constituição, ou seja, uma mudança de entendimento a respeito da prisão civil do depositário infiel, conforme pode ser percebido após leitura da Súmula Vinculante 25. Esse primeiro entendimento abre espaço para uma discussão a respeito da constitucionalidade dessa mutação constitucional, visto que a nova interpretação viola claramente o texto expresso da Constituição, mas, simultaneamente, atende ao espírito desta, uma vez que amplia o direito fundamental de liberdade.

Outros entendem que se aplica o Pacto de San José da Costa Rica, e não a Constituição, com base na norma mais benéfica. Uma terceira linha de pensamento defende que houve revogação, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis ordinárias sobre prisão do depositário infiel, o que esvaziou a possibilidade de aplicabilidade da norma constitucional. Enquanto outros doutrinadores argumentam que houve revogação tácita da Constituição porque o Pacto de San José da Costa Rica foi integrado ao direito brasileiro como norma constitucional.

Após diversas discussões acerca do assunto, o STF passou a compreender que o Pacto de San José da Costa Rica teria hierarquia supralegal, ou seja, abaixo das normas constitucionais e acima das normas infraconstitucionais. Assim, no entendimento majoritário da Suprema Corte, a Convenção Americana de Direitos Humanos pôde revogar a legislação infraconstitucional que versava sobre a prisão civil do depositário infiel.

A mesma discussão relacionada à natureza jurídica do Pacto de San José da Costa Rica sobre o tema do depositário infiel também é aplicável ao tema da audiência de custódia. Afinal, há um conflito entre o artigo 5º, LXII, da Constituição, que dispõe

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96772. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de junho de 2009.

ser necessário apenas a comunicação ao juiz competente da prisão de qualquer pessoa (o que poderia ser feito através de um documento escrito) e o parágrafo 5º, do artigo 7º, do Pacto de San José da Costa Rica, o qual exige a condução da pessoa presa à presença do juiz (direito mais amplo do que o da mera comunicação exigida na norma integrante do texto constitucional, configurando como um fator inibitório de práticas ilícitas por parte de agentes públicos, de modo a preservar a pessoa do detido).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A **Convenção Americana sobre Direitos do Homem**, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que **‘toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz’**, posto ostentar o **status jurídico supralegal** que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, **legitima a denominada ‘audiência de custódia’**, cuja denominação sugere-se **‘audiência de apresentação’**. (...) 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, **indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.**³⁶

Uma vez que a previsão constitucional do artigo 5º, LXII, não impede que se amplie a proteção da pessoa do preso por uma norma supralegal, é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro que esse direito do detido seja ampliado. A Constituição Federal, no caso em tela, oferece a proteção mínima, sem, no entanto, impedir que a legislação supralegal amplie essa proteção.

Atualmente, o entendimento majoritário no STF é o de que os tratados sobre direitos humanos que não tenham passado pelo crivo do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, terão automaticamente status supralegal. Assim, esses tratados não poderão ser adotados como parâmetro de controle de constitucionalidade, pois estão abaixo da Constituição.

Em decorrência dessa nova emenda de 2004, no que diz respeito aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos incorporados depois da EC 45/04 e que passarem pelo crivo do artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB/88, de acordo com o entendimento do STF, estes serão equivalentes à Emenda Constitucional e, portanto, terão status normativo constitucional. A fim de que sejam aprovados e incorporados, deverão ocorrer sessões separadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal,

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015.

com dois turnos de votação em cada Casa, ou seja, total de quatro turnos, devendo ser aprovado por maioria qualificada de 3/5 de votos em todas as votações.

Existe também na doutrina uma discussão relacionada a novos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que forem submetidos à aprovação do Congresso Nacional, mas não atinjam o quorum previsto no parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição, conseguindo apenas o quorum de maioria dos votos. O debate gira em torno de se esses tratados poderiam entrar no direito positivo brasileiro na forma anterior à Emenda 45, isto é, com natureza supralegal ou não.

Há quem defenda que novos tratados internacionais de direitos humanos somente podem ingressar no direito positivo a partir da EC 45/04 na forma por ela introduzida. Assim, os tratados entrariam com natureza de emenda ou não seriam sequer internalizados. Outra parcela de doutrinadores defendem a Teoria do Duplo Estatuto: os novos tratados internacionais de direitos humanos podem ser equivalentes às emendas ou apenas supraleais. Conforme ensinamentos do jurista André de Carvalho Ramos, essa última posição é a mais adequada à luz da interpretação constitucional sobre o ponto de vista teleológico e sob o ponto de vista da vedação ao retrocesso.

Os tratados que tenham matéria relacionada a direitos humanos podem ampliar direitos fundamentais, afinal, as cláusulas pétreas não impedem a ampliação de direitos. Caso algum vício de inconstitucionalidade seja verificado nos tratados incorporados com status de emenda constitucional, eles poderão ser submetidos ao controle de constitucionalidade.

O reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos são ou equivalentes às emendas ou, no mínimo, supraleais introduziu definitivamente no direito brasileiro o debate acerca do controle de convencionalidade. Em outras palavras, as normas infraconstitucionais, além de não poderem contrariar a Constituição devido sua superioridade hierárquica (controle de constitucionalidade), também não podem contrariar os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, sejam esses tratados equivalentes às emendas, sejam esses tratados normas supraleais. Assim, dá-se ensejo à necessidade de controlar as normas infraconstitucionais à luz dos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais passam a gozar de força paralisante e impeditiva, revogando normas infraconstitucionais comuns contrárias a eles que já se encontram no direito positivo (efeito paralisante) e impedem que normas infraconstitucionais contrárias a eles ingressem no sistema normativo (força impeditiva).

Para André de Carvalho Ramos, como pode ser extraído da sua obra “Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional”, as normas infraconstitucionais (leis comuns, ordinárias e complementares) brasileiras se submetem a um duplo controle. Há uma pluralidade de ordens jurídicas que protegem os direitos humanos. Portanto, a lei complementar e ordinária passa por um controle de constitucionalidade, que é um controle nacional exercido pelo STF como guardião maior da Constituição. Além disso, também devem passar pelo controle de convencionalidade internacional, exercido pelo órgão do sistema internacional de direitos humanos encarregado de guardar determinada convenção internacional, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é a guardiã maior do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Já outros autores entendem esse controle de convencionalidade apenas no âmbito interno do Estado brasileiro. O controle de convencionalidade, no entendimento de Valério Mazzuoli, é um controle feito no plano interno, realizado pelos juízes e pelo STF, e não no plano internacional, tendo como parâmetro superior todos os tratados internacionais de direitos humanos, isto é, tanto os supraleais quanto os equivalentes às emendas.

Entretanto, há um terceiro entendimento, no qual é possível conceber que o controle de convencionalidade diz respeito somente a tratados de direitos humanos de natureza supraleal, e não a tratados equivalentes às emendas, pois como estes integram o bloco de constitucionalidade, eles não são propriamente parâmetros de controle de convencionalidade, mas sim parâmetros de controle de constitucionalidade. Assim, o controle de convencionalidade, quando entendido no âmbito interno, diz respeito somente a tratados de direitos humanos supraleais.

O controle de convencionalidade, se for entendido como aquele que pode ser realizado no âmbito interno brasileiro, pode ser feito de forma abstrata ou concreta. De forma abstrata seria o controle efetivado pelo STF, uma espécie de controle concentrado de convencionalidade. Já o controle concreto poderia ser executado por qualquer juiz ou tribunal nos casos concretos submetidos ao seu exame em qualquer ação, sendo este uma espécie de controle difuso de convencionalidade.

Os meios de controle a serem utilizados dependem da natureza do tratado internacional. No caso de tratados internalizados na forma do parágrafo 3º, do artigo 5º poderão ser utilizadas ações próprias do controle abstrato, como é o caso da ADI, e, além dessas ações, poderá haver também um controle incidental. Na hipótese de estarmos diante de tratados de direitos humanos anteriores à EC 45, não há o emprego

de controle abstrato, pois tais tratados não integram o bloco de constitucionalidade, mas será possível fazer uso do controle difuso.

Em síntese, independentemente da posição adotada e independentemente da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, a lei comum não pode contrariar esses tratados nem a Constituição, surgindo o denominado controle de convencionalidade, ao lado do controle de constitucionalidade.

Como foi anteriormente demonstrado, o controle de convencionalidade é um objeto de Estado relativamente novo que ainda encontra-se em construção, havendo mais de uma forma de entender quais são os seus contornos exatos.

A partir de uma análise do artigo 5º, parágrafo 3º, incorporado pela EC 45/04 à Constituição de 1988, observa-se que, do ponto de vista teórico, tal dispositivo descolou o protagonismo do processo legislativo da Chefia do Poder Executivo para as Casas do Poder Legislativo e consubstanciou no Brasil o bloco de constitucionalidade, aceitando a ideia do controle de constitucionalidade com base em tratados internacionais sobre direitos humanos que passaram pelo seu crivo, uma vez que o parâmetro do controle ultrapassa a Constituição formal e passa a alcançar outras normas que tenham matéria típica de constituição. Assim, esses tratados e convenções internacionais são propriamente parâmetros de controle de constitucionalidade.

Sob um ponto de vista prático, o tratado internacional sobre direitos humanos que passar pelo procedimento legislativo previsto no artigo 5º, parágrafo 3º é equivalente à emenda, mas não é emenda, ou seja, o tratado não será incorporado ao texto da Constituição e não terá numeração ordinal própria de emenda.

Os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas integram o poder de reformador presente na Constituição de 1988, ao lado dos procedimentos de elaboração de emendas constitucionais (art. 59, I e 60, CRFB/88) e do procedimento de revisão constitucional (art. 3, ADCT).

O poder de reforma tem origem jurídica e visa modificar a constituição. Para a doutrina clássica, o poder constituinte derivado, uma das espécies do poder constituinte, engloba o poder reformador que dá origem às emendas constitucionais, alterando a constituição originária. Já para a doutrina moderna, como o poder constituinte é um só, ou seja, é apenas aquele que dá origem à constituição, ele não se divide em poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Consequentemente, no panorama atual, remontando a obra de Emmanuel Joseph

Sieyès³⁷, o poder reformador por tratados internacionais de Direitos humanos, por emendas e por revisão são espécies de poderes constituídos.

O poder de reforma tem previsão na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França, na redação da Constituição de 1793:

Artigo 28º Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras.³⁸

Note-se que a durabilidade é uma exigência para que se possa afirmar a supremacia da constituição e, por outro lado, como a sociedade é dinâmica, a constituição precisa se atualizar a fim de que seja capaz de acompanhar a evolução da coletividade para que não haja um momento de ruptura. Assim, com a pretensão de encontrar um ponto de equilíbrio entra a dicotomia “durabilidade/mudança”, fez-se necessário estipular um procedimento de mudança para a Constituição que se mostrasse mais difícil do que o da lei comum, mas que não fosse impossível de ser desempenhado na prática.

Por meio da aprovação de tratados que versem sobre direitos humanos na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que integra o rol de mecanismos formais de alteração da Constituição (integrante do bloco de constitucionalidade), o conjunto de normas constitucionais é alterado.

2.2 Convenção de Nova York e Tratado de Marrakesh

No ordenamento jurídico brasileiro atual, dois tratados internacionais que versavam sobre direitos humanos – Convenção de Nova York e Tratado de Marrakesh – foram submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual foi introduzido por meio da Emenda Constitucional 45/04. Para que esses tratados e convenções internacionais, depois de promulgados, tivessem natureza de norma constitucional, foi necessário que preenchessem dois requisitos indispensáveis: primeiramente, deveriam tratar sobre direitos humanos e, por fim, depois de assinados pelo Brasil, precisariam ser aprovados, em cada Casa do

³⁷Autor da obra "Qu'est-ce que le tiers état ?" ('O que é o Terceiro Estado?', lançado no Brasil como "A Constituinte Burguesa"). Nesta obra, Sieyès traça as linhas mestras da Teoria do Poder Constituinte. Segundo esse autor, o poder constituinte é o poder originário que pertence à Nação, capaz de criar, de maneira autônoma e independente, a constituição escrita. De acordo com a sua teoria, há uma distinção entre poder constituinte e poderes constituídos.

³⁸Artigo 28, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França.

Congresso Nacional, isto é, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Em 30 de março de 2007, a Convenção Internacional em Defesa das Pessoas com Deficiência e o seu respectivo Protocolo Facultativo, que estabelecia a criação de um comitê para receber denúncias envolvendo violações a direitos de pessoas com deficiência, foram assinados em Nova York.

Em 2008, o Congresso Nacional aprovou esses dois tratados com status de emenda constitucional através do Decreto Legislativo nº 186/2008. No ano seguinte, o Presidente da República os promulgou sob a forma de Decreto nº 6.949/2009. Assim, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passou a ter status de norma constitucional, passando a servir como parâmetro de controle de constitucionalidade.

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) foi regulamentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), trazendo significativas alterações na teoria das incapacidades, modificando de forma substancial o sistema da curatela e os artigos 3º e 4º do Código Civil. O Estatuto, em consonância com a Convenção de Nova York, em condições de igualdade, visa proporcionar, "o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania"³⁹.

No que diz respeito ao Tratado de Marrakesh, este foi firmado com o intuito de desembaraçar a acessibilidade a obras divulgadas às pessoas com deficiência visual ou que possuam dificuldades para acessar textos impressos.

Em 27 de junho de 2013, esse tratado foi assinado pelo Brasil no Marrocos, na cidade de Marrakesh. Então, passou pelo procedimento de aprovação perante o Congresso Nacional originando o Decreto Legislativo nº 261/2015 e, em 2018, o Presidente da República o promulgou através do Decreto nº 9.522/2018.

Como o Tratado de Marrakesh foi aprovado pelo Congresso Nacional em 2015, momento em que não havia intervenção federal em curso, a sua promulgação no ano de 2018, durante o período da intervenção federal no Rio de Janeiro, não violou o artigo 60º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, afinal, a promulgação somente atestou que as formalidades daquele ato foram cumpridas e que, portanto, o ato é válido. Desse modo, como esse tratado também foi submetido ao crivo do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, possui status constitucional.

³⁹ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

Tanto a Convenção de Nova York quanto o Tratado de Marrakesh necessitaram passar por quatro fases para que fossem efetivamente integrados ao direito positivo interno brasileiro. O processo legislativo de internalização segue a seguinte ordem: primeiro, há a denominada fase da assinatura, que é uma atribuição do Chefe de Estado, isto é, compete ao Presidente da República. Em seguida, tem-se a fase da aprovação pelo Congresso Nacional (ou fase do decreto legislativo) para passarmos então para a fase da ratificação, em que há a celebração definitiva do tratado e/ou convenção pelo Presidente da República no âmbito internacional. Por fim, a quarta fase é a da promulgação (ou fase do decreto presidencial de promulgação).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno brasileiro não difere da incorporação dos tratados em geral, dependendo sempre do cumprimento das quatro fases do processo legislativo. Portanto, apesar do parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição, que dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", os tratados internacionais de direitos humanos devem passar por todas as quatro fases procedimentais para que possam ser aplicados no Brasil.

Em decorrência de seus status constitucionais, tanto a Convenção de Nova York e seu Protocolo Facultativo quanto o Tratado de Marrakesh compõem o Bloco de Constitucionalidade, uma vez que são tidos como normas constitucionais. Assim, caso uma lei ou ato normativo eventualmente esteja em confronto com um desses tratados, deverá ser julgada inconstitucional.

2.3 Direitos humanos como legitimador do Estado de Direito e suas Constituições

O centro de gravidade do Direito Constitucional está migrando progressivamente e de modo contínuo da parte orgânica para a parte dogmática, tanto na ciência jurídica (aspecto teórico) quanto no direito positivo (aspecto prático).

A Constituição da República de 1988 foi a primeira constituição na história brasileira a inverter a ordem da sua estruturação. Nota-se que em todas as demais Constituições, seus textos tratavam, primeiramente, do Estado e somente depois mencionavam os direitos. De forma diversa, a CRFB/88 inicia seu texto apresentando direitos fundamentais desde o seu artigo 5º até o artigo 17º e somente a partir do artigo 18º começa a tratar de Estados. Assim, transmite-se vigorosamente a mensagem de que os direitos restringem a atuação do Estado, isto é, tal atuação somente será

legítima caso obedeça os limites impostos pelos direitos fundamentais, deixando claro o papel dúplice das normas constitucionais que ora servem como fator de limitação, ora como fator de legitimação.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como seu núcleo a prevalência de direitos humanos e a defesa de direitos fundamentais, de forma que os direitos humanos, sociais e fundamentais passaram a ser prioridade frente ao texto constitucional.

A rigor, no que diz respeito aos seus sentidos estritos, existem distinções entre direitos fundamentais e direitos humanos. Estes últimos são reconhecidos no plano internacional, em declarações (*soft law*), tratados e convênios (*hard law*), dentre outros documentos. Enquanto os direitos fundamentais são positivados no âmbito interno de cada Estado, em especial no texto constitucional, podendo haver direitos incluídos no texto constitucional de maneira implícita, mas mesmo assim positivados constitucionalmente.

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, um dos princípios nas relações internacionais é a primazia dos direitos humanos (art. 4, II, CRFB/88). Quanto aos direitos fundamentais, no Brasil, eles estão positivados na Constituição Federal de 1988, em especial no artigo 5º, artigo esse que não esgota o tema dos direitos fundamentais.

Apesar de possuírem diferenças no que concerne ao seus significados em sentido estrito, normalmente, os direitos humanos também são positivados como direitos fundamentais, o que é desejável que ocorra. Por isso, temos, muitas vezes, duas projeções indistintas de um mesmo direito, a título de exemplo: direito humano à vida e direito à vida como direito fundamental. Em suma, uma das características dos direitos fundamentais e humanos é a “constitucionalização”, de modo que os direitos humanos precisam ser positivados no ordenamento jurídico no plano constitucional, tornando-se direitos fundamentais.

Todos os dispositivos relativos a direitos fundamentais são normas materialmente constitucionais e preferencialmente devem ser positivados de forma explícita, ou seja, devem ser constitucionalizados formalmente. Entretanto, note-se que, de qualquer forma, direitos humanos devem ser constitucionalizados de forma explícita ou implícita, existindo uma diferenciação entre os fenômenos de constitucionalização e de fundamentalização, uma vez que nem todo direito fundamental está necessariamente escrito no corpo do texto da Constituição, conforme o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º. O fenômeno da constitucionalização tem a finalidade de positivar o direito na

Constituição, enquanto o fenômeno da fundamentalização visa qualificar, ou seja, adjetivar um direito como sendo direito fundamental.

Quanto à historicidade, há duas visões acerca dos direitos humanos e fundamentais. A primeira dispõe que eles são direitos comuns à história de diversas sociedades. Já uma visão otimista/romântica, entende que há uma evolução no curso da história, no bojo da qual os direitos fundamentais clássicos são aperfeiçoados e novos direitos surgem, ou seja, os direitos fundamentais são reconhecidos, modificados e, às vezes, algumas de suas características desaparecem pelo decorrer do tempo em determinados contextos históricos-sociais. De acordo com essa última visão, esses direitos nascem, modificam-se e desaparecem na história, uma vez que são frutos de um processo histórico de lutas, não sendo algo dado pela natureza, e sim uma afirmação gradual na história. Assim, há uma índole evolutiva conforme surgem novas necessidades ou novas ameaças à dignidade humana. Em síntese, hoje existem direitos fundamentais e direitos humanos que não existiam no passado, existindo a possibilidade de surgimento, no futuro, de novos direitos fundamentais.

Dentre as características dos direitos humanos e direitos fundamentais estão: a inviolabilidade, a vinculação dos poderes públicos, a não taxatividade e a universalidade.

A inviolabilidade está vinculada com o fato de que tais direitos devem ser obrigatoriamente observados pelo Estado, agentes públicos, leis e particulares. Tal característica está intimamente relacionada com a "vinculação dos Poderes Públicos", uma vez que os direitos fundamentais vinculam a todos, especialmente os Poderes Públicos. Os atos dos poderes constituídos devem observância aos direitos humanos e fundamentais, sob pena de invalidação. Além disso, os direitos fundamentais e direitos humanos são parâmetros e limites à atuação (positiva ou negativa, material ou legislativa, de fazer ou não fazer) do Estado.

Quanto à não taxatividade, direitos humanos formalizados em tratados e os direitos fundamentais que se encontram expressos na Constituição Federal não são os únicos, podendo existir outros de maneira explícita. Trata-se de um rol aberto de direitos, obedecendo a cláusula de inesgotabilidade, prevista no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, a qual indica ser possível a existência de outros direitos fundamentais não escritos na Constituição. Assim, os direitos fundamentais não são somente os formalizados na Constituição, havendo uma abertura material dos direitos fundamentais decorrentes da cláusula da inesgotabilidade.

Ainda no que diz respeito a não taxatividade, esses direitos são normas com fato-espécies abertas, ideia que tem origem na 9ª Emenda da Constituição Norte-Americana, de modo que a especificação de certos direitos na constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo.

O professor Jorge Miranda, em sua obra “Manual de Direito Constitucional”, defende a não tipicidade dos direitos fundamentais, argumentando que os direitos fundamentais não são apenas aqueles tipificados expressamente na Constituição. Além disso, os direitos humanos resultantes de tratados e convenções internacionais de direitos humanos são exemplos que demonstram a não taxatividade dos direitos fundamentais.

A título de exemplo de direito fundamental implícito, temos o direito à busca da felicidade, o qual não se confunde com o direito à felicidade. O STF reconheceu o direito à busca da felicidade como verdadeiro postulado constitucional implícito:

Tenho por fundamental, ainda, (...) o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, **o direito à busca da felicidade**, verdadeiro postulado constitucional **implícito**, que se qualifica como **expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**. (...) ⁴⁰

O Supremo entendeu que para buscar a felicidade, deve-se garantir a maior amplitude possível à autonomia individual de cada um e garantir recursos mínimos materiais para a subsistência, saúde, educação, dentre outros.

No campo de universalidade, podem ser identificados quatro planos. O plano da titularidade (amplitude subjetiva), no qual todos os seres humanos são titulares dos direitos humanos e direitos fundamentais. O plano temporal (amplitude atemporal), o qual dispõe que são direitos presentes em todas as épocas da história, sendo que alguns doutrinadores defendem que a aparição de novos direitos é algo falso, que o que ocorre é a mudança de percepção em relação a direitos já existentes. O plano cultural, isto é, existem em todas as culturas. E, por fim, o plano da vinculação, em outras palavras, esses direitos obrigam a todos.

A característica da universalidade é reforçada pelo *jus cogens* do direito internacional. Normas cogentes são aquelas que integram o direito internacional peremptório, obrigatório para todos os Estados independentemente da vontade desse

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 de julho de 2011.

Estado aderir ou não a essas normas. De acordo com André de Carvalho Ramos, normas cogentes:

(...) Contêm valores considerados essenciais para a comunidade internacional, prevalecendo quando em choque com outras normas de Direito Internacional. O jus cogens vem a ser um conjunto de normas internacionais insuscetíveis de serem derogadas por outra norma que não seja uma norma pertencente ao mesmo jus cogens.⁴¹

O plano cultural, especialmente, é objeto de crítica feita pela doutrina: não há uma cultura única na Terra, mas sim uma miríade de culturas diferentes. Nem todas as culturas entendem os direitos humanos como nós os entendemos na cultura ocidental. Assim, tentar universalizar esses direitos com origem na cultura ocidental para todas as demais culturas seria dizer que a cultura ocidental é superior às demais, ou seja, seria afirmar a existência de níveis culturais hierarquizados na sociedade. Entretanto, hoje, entendemos não dever haver hierarquia entre as culturas, tendo cada uma delas as suas especificidades.

Apesar dessa crítica, a universalidade permite a pessoas e minorias oprimidas a tomada de consciência dessa opressão, quando determinados direitos não são reconhecidos. A cultura não é algo estático, mas sim dinâmico, estando sujeita a mudanças. Assim, a ideia é que as pessoas tenham garantida, ao menos, sua autonomia individual e liberdade de escolha.

Além disso, há o que alguns autores, como Boaventura de Souza Santos, chamam de diálogos interculturais, isto é, as culturas devem dialogar entre si. O jurista Joaquín Herrera Flores propõe um diálogo intercultural no qual a universalidade seja alcançada na chegada, não na partida, do diálogo. A universalidade de partida está relacionada com a realização de um diálogo intercultural que parte da premissa de que certos direitos humanos existem, entretanto, essa seria mais uma forma de imposição da cultura. Já na universalidade de chegada, proposta por Joaquín Herrera Flores, o diálogo se inicia sem que sejam estabelecidos quais são os direitos humanos, assim, durante o diálogo é que o rol de direitos humanos é construído.

As funções dos direitos fundamentais são preponderantemente as funções de defesa (funções de liberdade), de prestação (ou materiais ou normativas), de proteção perante terceiros e de não-discriminação.

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

No âmbito das funções de defesa, os direitos fundamentais buscam evitar abusos do Estado, logo, esta função está intimamente relacionada com a atuação negativa do Estado. Já no campo das funções de prestação, o indivíduo pode exigir uma atuação positiva do Estado.

Quanto às funções de proteção perante terceiros, segundo Canotilho, muitos direitos impõem um dever específico ao Estado no sentido de proteger, perante terceiros, os titulares dos direitos fundamentais. Assim, o Estado passa a atuar como figura de garantidor para que respeitemos os direitos fundamentais uns dos outros. Importante ressaltar que se trata aqui de uma garantia relativa.

Por fim, as funções de não-discriminação estão vinculadas à igualdade material, de modo a proteger grupos minoritários. Dessa forma, está fortemente ligada à função contramajoritária. O Estado Democrático de Direito é aquele no qual a vontade da maioria é de grande importância, mas a vontade da maioria por si só não significa uma deliberação legítima, pois a maioria pode deliberar no sentido de oprimir a minoria, o que não é democrático e nem legítimo em uma democracia, uma vez que esta não se confunde com assembleísmo nem com ditadura da maioria.

Na democracia, a vontade da maioria tem um grande peso, mas é uma vontade limitada pelos direitos das minorias. Assim, é preciso, em uma democracia, que haja algum tipo de mecanismo de contraposição à vontade da maioria quando essa vontade é opressora aos direitos fundamentais das minorias. Portanto, não é cabível colocar a deliberação sobre direitos fundamentais de minorias em plebiscitos ou referendos (consultas populares com base no princípio majoritário).

Além disso, a função contramajoritária também serve para suprir omissões deliberadas da maioria. Há no ordenamento jurídico brasileiro órgãos destinados à defesa das minorias, como é o caso do Ministério Público e do Supremo Tribunal Federal, cujo poder e responsabilidade institucional é defender as minorias contra possíveis descomedimentos de grupos majoritários e, ainda, defendê-las contra omissões imputáveis à maioria que tornem-se danosas, diante da omissão do Estado, aos direitos daqueles que enfrentam os impactos cruéis do preconceito.

Diante da realidade contemporânea, faz-se necessário o fortalecimento da natureza de resistência da Constituição diante das situações de adversidades, levando em consideração o seu engajamento com os direitos humanos e a justificação do seu elo material mais objetivo, os tratados internacionais de direitos humanos.

Ante a necessidade de tonificação dos direitos fundamentais, André de Carvalho Ramos entende que toda denúncia relacionada a tratados de direitos humanos já

incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, sejam eles equivalentes à emenda, sejam eles com status supralegal, deve ser apreciada pelo Congresso Nacional por quorum qualificado, isto é, o mesmo quorum previsto pelo parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição, em dois turnos de votação. Essa denúncia não poderá contrariar a proibição do retrocesso em relação às conquistas de direitos humanos e fundamentais, podendo o poder judiciário fazer o controle de constitucionalidade da denúncia em questão.

CAPÍTULO 3: APLICAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

3.1 Dificuldade de implementação do bloco de constitucionalidade no contexto brasileiro

Como o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, que dispõe acerca de tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados com processo legislativo similar ao de emenda à constituição – sendo tais tratados, então, equivalentes às emendas constitucionais – traz a ideia de equivalência e tal ideia é o cerne do conceito do bloco de constitucionalidade – uma vez que o Bloco de Constitucionalidade não é uma constituição, mas se equivale a ela –, esse dispositivo é o principal fundamento jurídico do denominado Bloco de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, por mais que esse dispositivo seja um substrato para a ideia do Bloco de Constitucionalidade, poderia ser alegado a sua insuficiência, por não se tratar de um fundamento completo, uma vez que o Bloco de Constitucionalidade não se limita meramente a tratados e convenções internacionais, alcançando outras normas, como é o caso de normas internas infraconstitucionais.

Além disso, poderia ser argumentado também que a ideia do Bloco de Constitucionalidade não se limita a direitos humanos, compreendendo qualquer matéria de constituição, que pode versar sobre direito ou Estado. Em decorrência disso, poderia se entender que a ideia do Bloco de Constitucionalidade é um conceito de difícil aplicabilidade no Brasil.

A ideia do Bloco de Constitucionalidade, segundo Guilherme Peña, se amolda muito bem a constituições sintéticas, o que explica a sua origem francesa. Através da implementação, no bojo do Bloco de Constitucionalidade, de outras normas – além daquelas já constantes no texto constitucional francês –, possibilitou-se a adoção de normas que tratam de direitos fundamentais como parâmetro no controle de constitucionalidade na França.

As constituições concisas, como é o exemplo da Francesa, tratam de temas relacionados à organização do Estado, não descendo a minúcias. Portanto, tratam-se de constituições, muitas vezes, mais estáveis, pois como são breves, têm menos necessidade de serem alteradas.

Já nas constituições analíticas, como é o caso da brasileira – não, em regra, em constituições sintéticas, a exemplo da Constituição francesa – discute-se mais a distinção entre matérias formalmente e materialmente constitucionais. Isso ocorre justamente pelo fato de haver uma maior propensão de se encontrar diversas normas formalmente constitucionais nos textos de constituições extensas.

Como essas constituições prolixas veiculam muitos temas e entram em pormenores que poderiam ser abordados por leis ordinárias, para alguns autores, tais constituições tendem a se transformar em uma constituição total⁴², que domina todos os aspectos da vida social e do Estado.

Como a Constituição brasileira, ao contrário da francesa, não é classificada como sintética, tratando-se de uma constituição analítica, a ideia do Bloco de Constitucionalidade poderia ser um conceito de difícil aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, é compreensível que muitas vezes seja necessário ampliar aquilo que é sintético, de modo a originar um conjunto constitucional suficientemente harmônico e coeso no qual os direitos fundamentais possam ser integrados ao conjunto de normas capazes de servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Por outro lado, poderia compreender-se que não há grande necessidade de se ampliar aquilo que já nasceu analítico.

Evidentemente, a realidade brasileira é distinta da francesa, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é classificada como analítica, contendo inúmeros artigos em seu corpo. Dessa forma, qualquer matéria de mediana relevância é tratada pela constituição, a qual contém, inclusive, normas completamente estranhas a ela, como é o caso do artigo 242, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 do Brasil, norma que estabelece que o Colégio Pedro II, situado no Rio de Janeiro, permanecerá na esfera federal.

Após análise do conteúdo da referida norma, chega-se a evidente conclusão de que, por mais que esse dispositivo esteja contido no corpo constitucional, a sua matéria

⁴² A ideia de constituição total nos remete à concepção culturalista da constituição. A doutrina entende que a constituição total é um objeto cultural que, em uma perspectiva unitária, abrange aspectos sociológicos, jurídicos, políticos e econômicos. A Constituição, como invenção humana, é resultado da cultura, e, ao mesmo tempo, nela interfere. Ademais, ela é um objeto complexo justamente por possuir objetos complexos e, em decorrência disso, a visão da Constituição não deve ser apenas sociológica ou apenas jurídica ou apenas política, mas sim uma visão total e unitária – as concepções da constituição não são necessariamente antagônicas. O conceito de constituição total, conforme J.H. Meirelles Teixeira: "Constituição é um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político" (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional, p 78).

não é típica de Constituição, visto que não aborda tema relacionado à divisão do exercício do poder político, nem a direitos, garantias e remédios constitucionais. Apesar disso, trata-se de norma constitucional que, assim como qualquer outra de mesmo nível hierárquico, somente poderá ser formalmente alterada através de Emenda Constitucional (art. 60, CRFB/88).

Assim, no âmbito da Constituição Federal de 1988, dificilmente não haverá um substrato na constituição para o controle de constitucionalidade. No caso da França, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi incorporada à Constituição francesa como preâmbulo, foi necessário que esses documentos fizessem parte do bloco de constitucionalidade francês a fim de que fosse viável a adoção de normas relacionadas a direitos fundamentais como parâmetro do controle de constitucionalidade, uma vez que, assim como no Brasil, na França o preâmbulo não faz parte da Constituição.

De modo diverso, como no Brasil o preâmbulo não possui eficácia normativa, ele não pode ser fonte única da inconstitucionalidade de leis e atos normativos, além de não veicular normas que devem ser obrigatoriamente reproduzidas nas constituições estaduais. No ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a doutrina majoritária, o preâmbulo possui natureza de mera proclamação:

Como se sabe, há aqueles que vislumbram, no preâmbulo das Constituições, **valor normativo e força cogente**, ao lado dos que apenas reconhecem, no texto preambular, o caráter de **simples proclamação**, que, embora revestida de **significado doutrinário e impregnada de índole político-ideológica**, apresenta-se, no entanto, **destituída de normatividade e cogência**, configurando, em função dos elementos que compõem o seu conteúdo, **mero vetor interpretativo** do que se acha inscrito no 'corpus' da Lei Fundamental.⁴³

Essa situação, entretanto, na prática, não cria grandes transtornos no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, uma vez que quase tudo que está contido no preâmbulo também está contido na parte dogmática da constituição (com exceção da menção a Deus)⁴⁴. Assim, seria, em grande parte, prescindível incluí-lo a um possível bloco de constitucionalidade brasileiro.

Além disso, mesmo que não haja um substrato para realização do controle, é importante ressaltar que pelo neoconstitucionalismo, – que surge no Brasil justamente

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática do Min. Celso de Mello, MS 24645, Brasília, DF, 08 de setembro de 2003.

⁴⁴ "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa (STF, ADI 2076. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 15 de agosto de 2002).

a partir da Constituição Federal de 1988, traduzindo o estágio atual do constitucionalismo contemporâneo, sendo ele aplicável somente às constituições dos Estados Constitucionais Democráticos – que tem como um de seus paradigmas a força normativa dos princípios, o direito não se exaure em regras, compreendendo regras e princípios. Dessa forma, mesmo que não exista uma regra explícita, seguramente haverá um princípio implícito que poderá servir como fundamento para o controle de constitucionalidade. Em consonância com o defendido por Dworkin, a interpretação segundo princípios poderá garantir a defesa de direitos de uma minoria, afastando lacunas resultantes da atuação legislativa.

Na primeira metade do século XX, predominava o positivismo jurídico, ou seja, a ideia de que o direito era legitimado por si mesmo, de modo que a ciência do direito estava completamente separada da moral, preponderando uma visão formalista do direito em que normas jurídicas são válidas desde que sejam produzidas conforme regras procedimentais previamente estabelecidas, independentemente de um julgamento subjetivo ou moral.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, o formalismo puro e a neutralidade jurídica do positivismo foram colocados em xeque. Após a Segunda Guerra, surgiu o pós-positivismo, que promoveu a aproximação entre Direito e a Moral, rejeitou o formalismo legalista, rejeitou o positivismo puro e promoveu a abertura da argumentação jurídica, dotando o intérprete de discricionariedade, uma vez que texto e norma são coisas diferentes – enquanto o texto é produzido pelo legislador, a norma é produzida no processo de interpretação do texto.

Nesse contexto, passou a prevalecer a ideia de que o direito não mais poderia ser indiferente ao conteúdo e as consequências das normas jurídicas. Assim, passou-se a buscar a legitimidade do direito não mais em um procedimento prévio, mas sim em valores morais, o que culminou no neoconstitucionalismo.

O constitucionalismo contemporâneo surge como resultado da crise e críticas à legalidade estrita, o positivismo jurídico puro, o formalismo jurídico, de modo que abandona a ideia de que a legitimidade do direito emana de um procedimento formal. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana passa a ser o valor jurídico supremo, deixando de haver uma rígida separação entre a moral e o direito. Assim, o direito ganha uma leitura à luz de valores morais, de modo que as normas constitucionais passam a ter uma forte carga axiológica, valorativa. A interpretação da constituição passa a ser influenciada pela moralidade crítica e passa a prestigiar os princípios como fonte das decisões, defendendo a normatividade destes princípios.

Assim, em conformidade com a teoria de direito de Ronald Dworkin, entende-se que a moral desempenha uma relevante função, compondo o direito como integridade. A respeito da integridade, nas palavras de Dworkin: "integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to expresse a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation".⁴⁵

Segundo Dworkin, o Tribunal, ao fazer uma revisão judicial, deverá tomar decisões de princípios, isto é, decisões a respeito de quais direitos as pessoas possuem sob o sistema constitucional daquele país. Essas decisões deverão ser tomadas a partir da "elaboração e da aplicação da teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais".⁴⁶

A Constituição se torna um vetor interpretativo fundamental para a compreensão de todos os ramos do direito, que passam a ter como base valores morais por ela definidos. Assim, ao decidir, os juízes devem analisar os valores e princípios que norteiam a comunidade política⁴⁷. As matérias tipicamente constitucionais passam a incluir outros direitos fundamentais, valores, opções políticas, diretrizes dirigidas aos poderes do Estado, o que dá origem ao que alguns autores denominam de "constituição total", ou seja, constituições cada vez mais longas e prolixas.

Dentre as principais características do neoconstitucionalismo podem ser citadas: a constitucionalização do ordenamento jurídico; a renovação da Teoria das Fontes, que passa a prestigiar ainda mais os princípios, os quais gozam de normatividade; uma nova Teoria dos Princípios, que estuda os princípios expressos e implícitos que estão presentes no ordenamento constitucional; a promoção da teoria dos direitos fundamentais, visando defender a efetividade dos direitos fundamentais; a atuação fortalecida do Poder Judiciário na busca da efetividade da Constituição.

Através do neoconstitucionalismo, havendo uma questão relacionada à norma, por exemplo, seria possível efetuar o controle de constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo em face do princípio da constituição que protege o nome, ao invés de afirmar que se está efetuando o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face do Código Civil.

Como exemplo desse entendimento, há decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 248869 no tocante da legitimidade do Ministério Público para apresentar

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986, p. 219.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986.

ação de investigação de paternidade. Na referida decisão foi reconhecido um direito fundamental ao nome e à filiação, os quais não estão expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, mas, conforme destaca Ana Maria D'Ávila Lopes, são tidos como direitos fundamentais devido sua fundamentalidade.⁴⁸

A presença de princípios nas constituições passou a ser tema de inúmeras teorias constitucionais. Nesse sentido, um dos teóricos que defende a distinção entre princípios e regras é Ronald Dworkin, quem define os princípios como razões para decidir que devem ser tidos em conta⁴⁹.

Ronald Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, ao negar que somente regras formam o direito, propõe que as normas são divididas em regras e princípios. De acordo com o autor, as primeiras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios possuem diferentes pesos.

Com relação aos princípios, consolida Dworkin que “os princípios não descrevem eventos que, se ocorridos no mundo fenomênico, impliquem na necessária aplicação do exigido pelo princípio. Apenas enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção necessitando de uma decisão particular”⁵⁰. Assim, os princípios são repletos de pesos e medidas diferenciadas, somente mensuráveis no caso concreto. Segundo Dworkin, os princípios são padrões que “devem ser observados (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”.⁵¹

⁴⁸ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o).

2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129).

3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27).

4. A Lei n. 8.560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. [...]. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 248869. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 07 de agosto de 2003).

⁴⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, 3a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 77-78.

⁵⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, 3a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 41.

⁵¹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

No ordenamento jurídico brasileiro, há a possibilidade de recorrermos ao conceito de constituição e buscarmos os seus princípios, atribuindo-lhes força normativa. No Brasil, reconhece-se o controle de constitucionalidade com base em princípios até mesmo implícitos na Constituição Federal, como é o caso do princípio da proporcionalidade, o qual nunca foi abordado pela constituição de modo expresso, mas nunca restou dúvida de que seria possível efetuar controle de constitucionalidade com base nele.⁵²

Assim, segundo o entendimento do STF, a proporcionalidade está positivada na Constituição Federal de 1988 de maneira implícita como decorrência do Estado de Direito, princípio da legalidade, da igualdade e do devido processo legal e, portanto, pode ser utilizada pela Corte constitucional como parâmetro de controle de constitucionalidade justamente por ser considerado um princípio implícito da Constituição Federal – situação em que será feita uma análise tríplice à luz dos elementos constitutivos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* –, e não por ser mencionado expressamente no plano infraconstitucional.⁵³

⁵² (...) Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto.

3. Por tais razões, conheço deste agravo, mas desacolho o pedido nele formulado, mantendo íntegra a decisão que resultou na negativa de trânsito extraordinário. (Agravado de Instrumento nº 278127/MA, Relator: Min. Marco Aurelio. Supremo Tribunal Federal, DJU de 26/09/2000).

⁵³ (...) Cabe ressaltar, de outro lado, que, no julgamento plenário do RE 201.465-MG, esta Corte – considerados os termos do debate suscitado no contexto da Lei no 8.200/91 – afirmou não assistir, às empresas contribuintes, direito à indexação real fundado em bases constitucionais, reconhecendo-se, em consequência, ao legislador, a possibilidade de determinar a atualização de valores segundo elementos, critérios e fatores definidos em sede meramente legal, desde que respeitado, no processo de produção normativa, tratando-se, ou não, de matéria tributária, o necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais (RTJ 160/140-145 – ADI 1.063 – DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constituir atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstração instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 265.780/PE. Relator: Min. Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJU de 07/08/2002).

Como pode-se extrair de julgados do STF, é pacífico a utilização de princípios implícitos como parâmetro de controle de constitucionalidade, de modo que estes passam a compor o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Assim, através do reconhecimento da aplicabilidade dos princípios explícitos e implícitos que permeiam a Constituição brasileira como parâmetro de controle, a utilização de normas infraconstitucionais não se mostra imprescindível para que direitos fundamentais sejam devidamente defendidos em sede de controle abstrato.

Entretanto, por mais que existam motivos que possam justificar, no contexto brasileiro, certa restrição da aplicação do Bloco de Constitucionalidade de modo a ampliar os parâmetros do controle para muito além do corpo da Constituição Federal de 1988, de forma que diversas normas materialmente constitucionais – como normas previstas na legislação, normas internas, normas internacionais, dentre outras – passem a compor o bloco de constitucionalidade e, portanto, tornem-se capazes de figurar como referências para um controle de constitucionalidade, a partir da inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, determinados tratados e convenções internacionais passaram a ter status constitucional e, dessa forma, indubitavelmente passaram a integrar o rol de normas habilitadas a atuarem como parâmetro de controle de constitucionalidade abstrato. Assim, há conseqüentemente a ampliação do paradigma de controle das normas.

3.2 A aplicação de tratados internacionais de direitos humanos com status constitucionais como parâmetro de controle de constitucionalidade

Após a incorporação no direito positivo brasileiro da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência na forma prevista pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, essa convenção passou a ter status equivalente ao de emendas constitucionais. Em decorrência disso, suas normas podem ser utilizadas como parâmetro de controle de constitucionalidade em sede de ação do controle abstrato, uma vez que foram incorporadas ao bloco de constitucionalidade brasileiro.

Em 04.08.2015, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 5357, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) objetivando impugnar a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 13.146/2015, que é responsável por instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Os dispositivos questionados implementam a compulsoriedade para que as escolas privadas proporcionem a introdução de pessoas com deficiência no

ensino regular e providencie as medidas de adequação indispensáveis, além de vedar o repasse do ônus financeiro às matrículas, mensalidades e anuidades.

Segundo a Confederação, as normas impugnadas caracterizam ofensa a numerosos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como responsabilidade do Estado o suporte educacional especializado aos deficientes. Além disso, a entidade argumenta ainda que os dispositivos implementam medidas de grande dispêndio para as escolas particulares, o que poderia, inclusive, acarretar o encerramento das atividades de diversas delas.

Em um primeiro momento, o Ministro Edson Fachin indeferiu o pedido de medida cautelar, mantendo os encargos a escolas particulares conjecturados no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em sua decisão, argumentou que numerosas normas da Constituição Federal, assim como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status equivalente ao de emenda constitucional, dispõem sobre o amparo e proteção da pessoa deficiente.

O ministro concluiu que a lei objeto de impugnação atendeu à promessa constitucional e internacional de salvaguarda e alargamento progressivo dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência:

Posta a questão nestes termos, **foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º). **A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere status equivalente ao de emenda constitucional**, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e **compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio**.⁵⁴

Conforme o Ministro Fachin, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, conseqüentemente, da própria Constituição da República, a existência de um ensino inclusivo e irrestrito que abranja todos os níveis de educação não se trata de uma realidade anormal ao ordenamento jurídico pátrio. Pelo contrário, esse tipo de ensino é uma obrigação que se impõe por intermédio de regra expressa.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357. Relator: Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática da Liminar, Brasília, DF, 19 de novembro de 2015.

Em 09.06.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através de decisão majoritária, seguido o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, determinou que as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) questionadas na ADI nº 5357 são constitucionais.

Em seu voto, o Ministro Relator frisou que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada pelo Congresso Nacional e passou pelo rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o que lhe conferiu status de emenda constitucional. Dessa forma, ao transplantar a norma para o ordenamento jurídico, o Brasil cumpriu com a promessa constitucional e internacional de proteger e assegurar o exercício integral dos direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A **Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana**. 2. **À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita**. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. (...) 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. (...) ⁵⁵

Por meio do estudo do julgamento da ADI nº 5357, é visível a aplicação de um tratado internacional que foi internalizado com status de emenda constitucional no direito positivo pátrio sendo utilizado com parâmetro de controle de constitucionalidade, de modo a efetivamente ampliar a parametricidade do controle para além do disposto no corpo da constituição formal. Assim, fica evidente a inserção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ao bloco de constitucionalidade brasileiro.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357. Relator: Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática da Liminar, Brasília, DF, 19 de novembro de 2015.

A Convenção supracitada, ao versar sobre matéria que diz respeito a direitos e garantias constitucionais (parte dogmática) – compondo, dessa forma, o conteúdo específico de uma Constituição –, mesmo que suas normas não estejam consagradas no corpo escrito da Constituição Federal, passam a ser utilizadas como parâmetro capaz de analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidades de normas infraconstitucionais.

A decisão do julgamento da ADI nº 5357 revela-se importante no cenário brasileiro atual, pois é um exemplo evidente da luta que vem sendo travada na sociedade civil, que se esforça a proteger direitos fundamentais mínimos. Tal proteção é dada à medida que é proporcionado aos direitos considerados fundamentais a segurança jurídica que é oferecida a uma norma formalmente constitucional, evitando um retrocesso social. Em outras palavras, como o conteúdo das normas impugnadas na ação de controle constitucional abstrata visam salvaguardar e promover direitos fundamentais de um grupo minoritário e, além disso, está em sintonia com uma convenção internacional internalizada no Brasil com status normativo constitucional, o STF julgou a constitucionalidade dessas normas quando colocadas em confronto não só com o texto codificado da Constituição de 1988, mas também quando confrontadas em face da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Além da ADI nº 5357, no dia 22 de maio de 2013, foi julgada a ADI nº 903/MG, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), impugnando a Lei nº 10.820/92 do Estado de Minas Gerais, a qual dispõe acerca da adequação da frota de transporte coletivo visando garantir o ingresso e permanência, em seu interior, de pessoas com dificuldade de locomoção ou com deficiência.

Apesar da legitimada ativa ter argumentado vício de natureza formal, tendo em vista que materializaria usurpação da competência privativa pertencente à União para legislar a respeito de transporte e trânsito, a Corte entendeu que deveria ser feita uma análise sob à luz das diretrizes afirmativas das pessoas com deficiência.

Ao realizar uma análise da linha protetiva/afirmativa das pessoas com deficiência, o Ministro Relator Dias Toffoli destacou em seu voto que foi incorporado ao ordenamento constitucional brasileiro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual foi aprovado pelo rito legislativo que atribui status equivalendo ao de emenda constitucional à convenção internacional sobre direitos humanos, sendo internalizado através do Decreto Presidencial nº 6.949/09:

(...) 2. Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, **incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual foi internalizado por meio do Decreto Presidencial no 6.949/2009. **O art. 9º da convenção veio justamente reforçar o arcabouço de proteção do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência**. 3. Muito embora a jurisprudência da Corte seja rígida em afirmar a amplitude do conceito de trânsito e transporte para fazer valer a competência privativa da União (art. 22, XI, CF), **prevalece, no caso, a densidade do direito à acessibilidade física das pessoas com deficiência** (art. 24, XIV, CF), em atendimento, inclusive, à determinação prevista nos arts. 227, § 2º, e 244 da Lei Fundamental, sem preterir a homogeneidade no tratamento legislativo a ser dispensado a esse tema. Nesse sentido, há que se enquadrar a situação legislativa no rol de competências concorrentes dos entes federados. Como, à época da edição da legislação ora questionada, não havia lei geral nacional sobre o tema, a teor do § 3º do art. 24 da Constituição Federal, era deferido aos estados-membros o exercício da competência legislativa plena, podendo suprir o espaço normativo com suas legislações locais. 4. A preocupação manifesta no julgamento cautelar sobre a ausência de legislação federal protetiva hoje se encontra superada, na medida em que a União editou a Lei no 10.098/2000, a qual dispõe sobre normas gerais e critérios básicos de promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência. Por essa razão, **diante da superveniência da lei federal, a legislação mineira, embora constitucional, perde a força normativa, na atualidade, naquilo que contrastar com a legislação geral de regência do tema** (art. 24, § 4º, CF/88). 5. **Ação direta que se julga improcedente.**⁵⁶

Argumentou-se no decorrer da ADI que, o artigo 9º da Convenção tem como objetivo fortalecer o arcabouço de defesa do direito de acessibilidade, à uma grande variedade de ambientes, das pessoas com deficiência, preceituando o seguinte:

1. **A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:**
 - a) Edifícios, rodovias, **meios de transporte** e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho.⁵⁷

Há, portanto, uma interpretação do Direito enquanto integridade, conferindo constitucionalidade à norma da convenção internacional (que atuou aqui como parâmetro de controle, conforme sua hierarquia constitucional) e assegurando respeito a princípios constitucionais previstos no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, como defendido por Dworkin, é notável a presença do princípio da igualdade,

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 903. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 22 de maio de 2013.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 903. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 22 de maio de 2013.

resultando em uma interpretação de acordo com esse eixo principiológico presente tanto em normas constitucionais como em normas previstas na convenção internacional internalizada com status constitucional.

Assim, quanto à competência para tratar de direito das pessoas com deficiência à acessibilidade física, enquadrou-se a situação legislativa na relação de competências concorrentes dos entes federados. Dessa forma, compete à União a edição de normas gerais, conforme o previsto no art. 24, § 1º, CRFB/88, e aos Estados-membros compete o exercício da competência suplementar, designada a especificar o conteúdo amplo das normas gerais, adaptando seus termos às suas especificidades (art. 24, § 2º, CRFB/88).

O disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, de modo a ser aqui utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade, em conjunto com o que foi estabelecido pelo legislador constituinte, mostram-se atentos à imprescindibilidade de proteger os interesses e os direitos das pessoas com deficiência e, visando assegurar-lhes a melhoria de sua situação pessoal, social e econômica, criaram mecanismos compensatórios designados a possibilitar a superação dos infortúnios resultantes dessas limitações de qualidade pessoal.

Destaca-se que, posteriormente, como houve superveniência de lei federal (Lei nº 10.098/2000) que dispõe sobre critérios básicos e normas gerais de fomento à acessibilidade de pessoas com deficiência, apesar da legislação mineira, impugnada na ADI em análise, ser constitucional, ela perde a força normativa nos pontos em que destoar da legislação federal geral que trata sobre o tema.

Dessa forma, verifica-se que, no julgamento dessa ADI, além das normas constitucionais que versam sobre competências, os Ministros aplicaram também o conteúdo prescrito no artigo 9º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como parâmetro, incluindo-o, mais uma vez, ao grupo de normas que compõem o bloco de constitucionalidade.

Tanto a ADI nº 5357 quanto a ADI nº 5357 demonstram a relevância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio processo legislativo previsto no parágrafo 3º, artigo 5º, da Constituição, conferindo-lhe status constitucional.

Assim, ficou manifesto a louvável pretensão de fazer com que as ações de várias pessoas políticas incidam sobre o deficiente, fornecendo-lhe meios que contrabalançam as desvantagens que encontre na concorrência diária com outras

peessoas. Desse modo, o governo providencia rampas apropriadas de mais fácil acesso aos paraplégicos, bem como a fabricação de veículos adaptados às necessidades de cada um, acesso a escolas públicas e particulares, dentre inúmeras outras medidas afirmativas e protetivas àquelas pessoas com algum tipo de deficiência, seja ela qual for.

Após análise das decisões acima discutidas, vislumbra-se que o STF fundamentou suas decisões com base em princípios e valores extraídos da Constituição Federal e, conseqüentemente, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.⁵⁸ Em sintonia com o que é defendido por Dworkin, essa interpretação assegurou que os dispositivos atendam aos anseios de um grupo minoritário:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica na comunidade.⁵⁹

Enfim, a possibilidade de utilizar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência deixa evidente que o Estado tem o compromisso de usar os meios ao seu alcance para diminuir a diferença entre as pessoas com deficiências e os demais, aparelhando as primeiras para a concorrência, e luta pela vida, em todos os sentidos. Assim, a proteção e garantia dos deficientes é poder-dever do Estado. Logo, o Estado tem a obrigação de fomentar um meio social no qual se tenha apreço pela vida de todos os indivíduos.

Fica evidente a pretensão do Estado de garantir que seus indivíduos possuam, de forma igualitária (pautada em uma igualdade material), liberdade de escolha. Assim, busca-se realizar a igualdade material a fim de concretizar a justiça, conferindo a pessoas com deficiência igualdade de acesso e de oportunidade.⁶⁰

⁵⁸ Segundo Dworkin: "Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política — decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral — e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais." (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101).

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

⁶⁰ "4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

Desse modo, a constitucionalização de tratados e convenções de direitos humanos apresenta-se como uma forma eficiente de inovação constitucional e de preservação dos direitos humanos, uma vez que tais tratados passam a ser normas de caráter constitucional. Assim, o sistema constitucional brasileiro fortalece a ideologia de amparo dos direitos humanos, impedindo o engessamento do direito positivo brasileiro.

3.3 A construção da ideia do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Atualmente, é pacífico na jurisprudência do STF que os tratados internacionais de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que passarem pelo crivo do parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição possuem status constitucional. Logo, esses tratados fazem parte do grupo de normas que integram o bloco de constitucionalidade brasileiro em conjunto com a Constituição Federal de 1988 – tanto a parte dogmática quando as disposições transitórias –, direitos e garantias derivados dos princípios e do regime adotados pela Constituição (art. 5º, §2º, CRFB/88), Emendas Constitucionais que alteram formalmente o texto da Constituição, bem como as Emendas Avulsas ⁶¹, isto é, normas constitucionais derivadas, presumidas relativamente constitucionais, que, portanto, podem servir como parâmetro de controle de constitucionalidade, mas não fazem alterações formais no texto da constituição.

Quanto às disposições transitórias, uma das partes que integra a estrutura formal de constituição, elas apresentam natureza temporária, ou seja, a finalidade destas normas é controlar a passagem da realidade existente à realidade projetada pela Constituição. Após cumprirem a sua função de transição, elas deixam de ter eficácia automaticamente, ainda que não sejam formalmente revogadas. Dessa forma, mesmo contendo força normativa e, conseqüentemente, servindo de paradigma superior de controle de constitucionalidade, depois de cumprirem seu objetivo, se transformam em

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).” (STF, ADI 5357 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. em 09/06/2016).

⁶¹ Alguns exemplos de Emendas Constitucionais Avulsas são: (a) Emenda Constitucional 96/2017 (emenda da janela partidária), que não fez alteração alguma no texto da Constituição Federal; (b) Emenda Constitucional 67/2010, que prorrogou por tempo indeterminado o prazo de vigência do fundo de combate a erradicação da pobreza e não fez nenhuma alteração formal; (c) Emenda Constitucional 32/2001, que dispõe que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Ressalta-se que, inclusive, há casos de normas autônomas de emendas que foram alteradas por normas de outras emendas posteriores.

normas de eficácia exaurida⁶². Tais normas de eficácia exaurida, portanto, não podem ser usadas como parâmetro de controle de constitucionalidade, mesmo que não tenham sido revogadas, uma vez que não há mais sentido prático na sua utilização como parâmetro.

Portanto, verifica-se que há normas com status constitucional com pretensão de permanência fora da parte dogmática (tratados de direitos humanos aprovados com força constitucional e emendas constitucionais autônomas), sendo assim, tais dispositivos podem assistir como parâmetro de controle de constitucionalidade tanto quanto normas que integram o texto normativo básico da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é, quanto à forma, uma constituição escrita de origem codificada, mas que passa por um processo paulatino de descodificação, pois hoje encontram-se normas escritas que possuem status constitucional que estão fora daquele catálogo principal da constituição, ou seja, fora da parte dogmática e fora do ADCT.

As normas escritas que possuem status normativo constitucional que não se encontram dentro do catálogo principal da Constituição Federal de 1988 são as mesmas que compõe o bloco de constitucionalidade brasileiro, sendo elas: os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, equivalente às emendas – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e Tratado de Marrakesh –, normas desenvolvidas pelo poder de reforma que não se encontram no texto central da Constituição Federal, subsistindo no âmago das emendas de maneira avulsa (ou autônoma).

Observe-se que é um equívoco imaginar que a constituição escrita não tem nenhum elemento não escrito. Na Constituição Federal de 1988, a título de exemplo, o artigo 5º, parágrafo 2º⁶³ evidencia o reconhecimento da força dos direitos fundamentais e da dignidade humana no sistema jurídico nacional. Em outras palavras, há direitos e garantias fundamentais implícitos, como, por exemplo, o direito ao duplo grau de jurisdição⁶⁴, que decorre da previsão de recursos de tribunais, dentre diversos outros. É

⁶²O artigo 4, do ADCT – Art. 4: "O mandato do atual Presidente terminará em 15 de março de 1990" (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998) – é um exemplo de norma transitória que após cumprir seu objetivo, se transformou em norma de eficácia exaurida.

⁶³"Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

⁶⁴Lewandowski: "Paralelamente, frisou compreender que o princípio do duplo grau de jurisdição encontrar-se-ia implícito na Constituição" (Informativo n. 719 do STF).

necessário prestar atenção no fato de que deverá se "buscar na própria constituição os critérios materiais"⁶⁵ para o reconhecimento de direitos fundamentais não previstos de forma expressa no texto constitucional.

Quanto ao entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45 que estão em vigor no Brasil têm status supralegal, concepção majoritária que prevalece hoje no STF, existe a possibilidade de haver uma mudança nesse posicionamento da Corte, de modo que se passe a atribuir força constitucional a esses tratados.

Em decisões posteriores à EC 45, alguns Ministros demonstraram entender que a natureza desses tratados é constitucional. Em decorrência da existência de opiniões divergentes e, considerando que não é incomum que o posicionamento de Ministros variem no decorrer do tempo, é consequente que o bloco de constitucionalidade esteja em constante processo de mutação.

O Ministro Celso de Mello defendia posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias para os tratados internacionais em geral, mas mudou seu posicionamento para dar tratamento constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, tenham eles passado pelo procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º ou não.

(...) **julguei necessário reavaliar** certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.⁶⁶

No HC 87585, de Tocantins (j. em 03/12/2008) – analisado no Capítulo 2 deste trabalho –, que se deu no contexto da análise de constitucionalidade de prisão civil por dívida, ante ao instituído no Pacto de San José da Costa Rica, o referido Ministro passou a sustentar a teoria do caráter constitucional desses tratados.⁶⁷

⁶⁵ SCARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87585. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

⁶⁷ As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de 'supralegalidade', como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, que lhes

Apesar de reconhecer a plausibilidade da tese do Ministro Gilmar Mendes, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45 status de supralegalidade, o Ministro Celso de Mello passou a conferir-lhes status constitucional:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que **atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos**, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) **tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil** (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente **incorporados** à ordem interna, **em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988** (tais convenções internacionais **revestem-se de índole constitucional**, porque **formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição**);

(2) **tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil** (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data **posterior à da promulgação da EC nº 45/2004** (essas convenções internacionais, **para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição**); e

(3) **tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil** (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004** (referidos tratados assumem **caráter materialmente constitucional**, porque **essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade**, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”).⁶⁸

Em outras palavras, é extraído do posicionamento do Ministro Celso de Mello, que convenções internacionais anteriores à EC 45 já integram o bloco de constitucionalidade, uma vez que possuem hierarquia constitucional.⁶⁹

Consequentemente, extraímos da visão do Ministro Celso de Mello, que, como os tratados internacionais anteriores à EC 45 também possuem status constitucional, eles integram o bloco de constitucionalidade, podendo ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade.

A tendência de considerar tratados de direitos humanos incorporados pelo direito brasileiro com status constitucional está em consonância com o pensamento de Flávia Piovesan, segundo um estudo constitucional tomando como alicerce os parágrafos 2º e

confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”. (HC 87585, de Tocantins, j. em 03/12/2008).

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87585. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

⁶⁹ “Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.” (STF, HC 96772, 2 Turma, 09/06/2009).

3º, ambos do artigo 5º da Constituição, em especial a partir da compreensão expressa de que os direitos e garantias contemplados pela Constituição Federal não afastam outros direitos decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nessa perspectiva, no que diz respeito a direitos humanos, a Constituição de 1988 deixa clara a possibilidade de ampliação progressiva do rol de direitos e garantias fundamentais por novos direitos não expressos no texto constitucional, desde que tenham origem em tratados internacionais. Tal ideia revela uma incompletude da Constituição, o que aponta para a sua abertura⁷⁰.

Em sua tese, Flávia Piovesan ainda ressalta que a Constituição de 1988 recepciona os direitos abordados em tratados internacionais de que o Brasil faça parte, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Uma vez que os direitos fundamentais são materialmente constitucionais, embora tais direitos não estejam expressos na Constituição Federal, eles integram o bloco de constitucionalidade.

Nos dias de hoje, apesar da jurisprudência majoritária do STF não entender que tratados e convenções internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/04 integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, como a composição do bloco de constitucionalidade é sucessível de modificação, no futuro, a compreensão acerca de quais normas integram o referido bloco pode ser objeto de mudança.

Por hora, mantém-se a percepção de que a parte dogmática e disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que passarem pelo crivo do parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição, direitos e garantias decorrentes dos princípios ou do regime adotados pela Constituição (art. 5º, §2º, CRFB/88) e Emendas Constitucionais ordinárias e avulsas compõem o bloco de constitucionalidade brasileiro.

3.4 Efetivação e concretização de direitos humanos

Depois da 2º Guerra Mundial foi necessário reconstruir a teoria dos direitos humanos para restaurar a universalidade. Para esse fim, foi fundamental a noção de dignidade da pessoa humana, presente na Carta das Nações Unidas.

No pós 2º Guerra, era preciso construir um sistema internacional de proteção dos direitos humanos como decorrência do fato desses direitos serem universais, de modo que a crença nos direitos fundamentais, no valor e na dignidade do ser humano fossem

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 118.

reafirmadas e os direitos humanos fossem realmente concretizados. Então, foi preciso alçar a dignidade da pessoa humana ao posto de fundamento último do direito.

Na Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, há etapas de implementação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. A primeira fase diz respeito à criação de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos, criada em 10 de dezembro de 1948. Quanto à segunda etapa, ela está relacionada à elaboração de um Tratado de Convenção Internacional de Direitos Humanos, o que posteriormente transformou-se em todo um sistema internacional normativo, composto por vários tratados e convenções.

Nessa segunda fase, houve a criação do sistema global e do sistema regional de proteção de direitos humanos. Dentre os documentos específicos do sistema global está a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo, assinados na cidade de Nova York em 30/03/2007⁷¹. Essa convenção foi internalizada com hierarquia constitucional no direito positivo brasileiro, o que demonstra o compromisso do Brasil com a proteção e efetivação dos direitos ali dispostos, uma vez que normas infraconstitucionais não serão capazes de desrespeitar os direitos protegidos pela convenção sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Quanto ao sistema regional de proteção desses direitos, o sistema interamericano, no qual o Brasil está incluído, encontram-se diversas declarações e convenções⁷², muitas das quais são internalizadas com status supralegal no direito brasileiro, uma vez que são anteriores à EC 45/04, segundo entendimento majoritário do STF. No que diz respeito às temáticas de parte dessas convenções, é notável que a característica da universalidade dos direitos humanos não significa dizer que eles serão usufruídos por todos, sem qualquer distinção. É viável a existência de direitos humanos e direitos fundamentais dirigidos a apenas um grupo específico de pessoas, sem que isso implique violação a universalidade.

⁷¹ Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30/03/2007 e internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e Decreto Presidencial nº 6.949/2009.

⁷² Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de San Salvador), Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (competência jurisdicional reconhecida pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998.), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Por fim, a terceira fase busca construir métodos internacionais para punir violações aos direitos humanos a fim de que os direitos humanos abarcados nos tratados e convenções internacionais sejam materialmente respeitados.

Norberto Bobbio, diferentemente das diversas correntes filosóficas que buscam os fundamentos dos direitos humanos, criticando a existência de todas essas correntes, defende que o mais importante não é procurar um embasamento filosófico para os direitos humanos, mas sim proteger e concretizar esses direitos. O referido autor defende que é uma ilusão buscar uma fundamentação única e absoluta para os direitos humanos, sendo mais indicado buscar, em cada caso concreto, as diversas razões possíveis para se elevar um direito à categoria de direito humano ou fundamental⁷³.

Já Fabio Komder Comparato acredita que o fundamento filosófico dos direitos humanos tem como base o fundamento moral ou ético. Conclui, portanto, que tal fundamento é a dignidade da pessoa humana:

O fundamento último dos direitos humanos só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstâncias ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais⁷⁴.

Ao elevar-se um direito à categoria de direito fundamental, busca-se portanto assegurar ao ser humano condições mínimas existenciais, de forma que não basta positivá-lo no direito interno e/ou internacional, devendo cada um dos Estados tomar as devidas providências visando atingir a sua completa concretização.

Em outras palavras, tratam-se de direitos subjetivos que envolvem uma relação jurídica de obrigação, cujos elementos são: credor (ser humano), objeto (direito fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana), devedor (Estado, de acordo com a teoria clássica), com a possibilidade dessa obrigação ser judicializada.

Em decorrência da importância conferida à proteção de direitos, a constituição disponibiliza métodos que têm como finalidade assegurar a eficácia dos direitos garantidos aos indivíduos. Os direitos, garantias e remédios constitucionais apesar de possuírem um ponto de contato, não são sinônimos, afinal, há um ponto de divergência que os afasta. O ponto de aproximação entre esses conceitos é a ideia de proteção.

⁷³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

Por outro lado, o tempo distancia esses conceitos um dos outros, uma vez que são consubstanciados em momentos distintos.

Primeiramente, a ordem jurídica declara a existência do direito, entretanto, isto não é suficiente para que ele venha a ser assegurado. Assim, em um segundo momento, visando assegurar esse direito, será disponibilizada uma garantia. Apesar disso, o simples fato de tornar a garantia disponível não será suficiente para que tal direito seja respeitado, sendo assim, em um terceiro momento, para que o direito se torne efetivo, será prescrito um remédio, de modo que, se for quebrada essa garantia, será cabível um remédio constitucional. Em síntese: a todo direito há uma garantia correspondente que o assegura, e, na mesma sintonia, a toda garantia há um remédio correspondente que a torna eficaz.

A máxima aplicabilidade possível deve ser assegurada aos direitos fundamentais⁷⁵. Conforme o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, a aplicação desses direitos deve ser imediata, podendo ser judicialmente exigidos desde logo, independentemente de se tratar de norma de aplicabilidade imediata ou mediata.

Para exemplificar, caso um direito fundamental seja de aplicabilidade imediata, isto é, quando for desnecessária a intermediação legislativa para concretizar o seu conteúdo, a aplicação imediata se traduz na possibilidade de exigir judicialmente a concretização do direito fundamental através do Mandado de Segurança, por exemplo. Agora, caso o direito fundamental seja de aplicabilidade mediata, sua aplicação imediata dependerá da situação concreta: se o legislador já fez a norma necessária, a aplicação imediata se traduz na aplicação do Mandado de Segurança, por exemplo; entretanto, caso o legislador ainda não tenha agido, a aplicação imediata será feita pelo Mandado de Injunção.

No Brasil, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 evidencia o reconhecimento da força expansiva dos direitos fundamentais e da dignidade humana no ordenamento jurídico pátrio⁷⁶.

Além disso, ao possibilitar que seja realizada a análise de uma lei infraconstitucional em face de dispositivos de tratados e convenções internacionais, a Constituição, além a ampliar os instrumentos aptos a protegerem direitos fundamentais

⁷⁵ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a maior eficácia possível das normas de direitos fundamentais deve ser extraída pelos poderes públicos. Tais normas só podem ser compreendidas como programáticas em hipóteses extremas e fundamentadamente – hipóteses nas quais caso não seja editada uma lei, não é possível concretizar o conteúdo desses direitos fundamentais –, de modo a dar predominância à sua máxima efetividade (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. p. 156-165).

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160.

dos cidadãos, oferece à sociedade mais um meio de buscar a efetiva implementação desses direitos, uma vez que normas que se encontram abaixo da Constituição poderão ser impugnadas caso não observem o disposto nas normas de status constitucional que visem proteger direitos humanos⁷⁷.

Assim, a partir da incorporação do parágrafo 3º no artigo 5º, que promoveu a constitucionalização de tratados de direitos humanos, o sistema constitucional passou a oferecer mais um mecanismo de controle das leis de hierarquia infraconstitucional, o que possibilitou que direitos fundamentais nelas previstos não sejam contrariados por normas ordinárias.

Conforme foi estudado, os dois tratados e convenções internacionais internalizadas no Brasil com hierarquia constitucional, após seguirem o processo legislativo similar ao processo de elaboração de emendas constitucionais, têm a finalidade de proteger direitos de uma minoria, no caso, de pessoas com deficiência. A importância conferida a esses tratados é de suma relevância em uma democracia, pois fortalece o poder de expressão desse grupo minoritário, oportunizando a concretização de direitos fundamentais dessa minoria.

⁷⁷ "Note-se que a constitucionalização dos direitos humanos, no século XIX, inaugura uma segunda fase no desenvolvimento do sistema de proteção desses direitos. Nessa fase, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a ser inseridos nas Constituições dos Estados. A partir do século XIX, os Estados passam a acolher as Declarações em suas Constituições, e, desse modo, as Declarações de Direitos se incorporam à história do Constitucionalismo." (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 160).

CONCLUSÃO

A ideia de Bloco de Constitucionalidade, uma vez aceita na realidade brasileira, tem como fundamento na Constituição de 1988 o artigo 5º, parágrafo 2º e, especialmente, o artigo 5º, parágrafo 3º, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004.

Conforme delinea o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, os direitos e as garantias fundamentais são, além daqueles expressos na Constituição, também aqueles que possam decorrer hermeneuticamente dos princípios constitucionais previstos e do regime democrático adotado. Ademais, os direitos e as garantias fundamentais são também os que se encontram em documentos internacionais, contanto que tratem sobre direitos humanos⁷⁸.

Dessa forma, em sede de controle de constitucionalidade, esses princípios implícitos podem atuar como parâmetro de controle, o que demonstra a sua inserção ao rol de normas que compõem o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, apesar de não se encontrarem expressos no corpo da constituição, reconhece a aplicação de princípios implícitos nos casos de controle abstrato. Assim, como esses princípios possuem status constitucional, são aptos a serem utilizados como parâmetros objetivando analisar a constitucionalidade ou não de normas infraconstitucionais. O reconhecimento de princípios implícitos – como o princípio da proporcionalidade, do duplo grau de jurisdição, direito à busca da felicidade – pelo STF reforçam o argumento de que eles são aptos à servir como referência na análise de constitucionalidade ou não de um ato normativo.

Quanto ao artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, ele dispõe acerca de tratados de direitos humanos ratificados por meio do processo legislativo semelhante ao de emenda constitucional, sendo tais tratados, então, equivalentes às emendas à constituição, passando, portanto, a também integrar o conjunto de normas que compõem o Bloco de Constitucionalidade brasileiro.

Como esse dispositivo que introduz a “constitucionalização” de tratados e convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos traz a ideia de equivalência e, uma vez que tal ideia é o cerne da concepção do bloco de constitucionalidade – já que o Bloco de Constitucionalidade não é uma constituição,

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. p. 102.

mas se equivale a ela –, esse dispositivo seria o principal fundamento jurídico do referido Bloco de Constitucionalidade, tratando-se, portanto, de um substrato para a ideia dessa concepção.

Observou-se que, no que concerne os tratados e convenções de direitos humanos, o STF, majoritariamente, julga que somente os tratados e convenções que passarem pelo crivo do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição têm natureza constitucional e, em decorrência disso, podem ser adotados como parâmetro de controle de constitucionalidade. Atualmente, no direito brasileiro, dois são os documentos internacionais aptos a assumirem esse importante papel, são eles: a Convenção Internacional em Defesa das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo e, mais recentemente, o Tratado de Marrakesh.

No âmbito do STF, verificou-se a existência de ações diretas de inconstitucionalidade que adotaram como parâmetro de controle dispositivos presentes na Convenção Internacional em Defesa das Pessoas com Deficiência, reforçando a concepção de ampliação da parametricidade de controle introduzida em conjunto com a ideia do bloco de constitucionalidade.

O rol de tratados e convenções internacionais de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade brasileiro tende a ser ampliado. Diante da busca de efetivação e concretização de direitos fundamentais, a tendência é que novos tratados e convenções dessa temática sejam ratificados pelo Brasil e internalizados como normas de natureza constitucional após serem aprovados pelo processo legislativo previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição.

Quanto aos tratados e convenções que foram internalizados anteriormente à EC 45/04, o STF vem entendendo que elas carregam consigo um status supralegal. Porém, conforme foi estudado no decorrer desse trabalho, apesar dessa ser a posição majoritária, não é um entendimento unânime entre os Ministros. Assim, esse posicionamento poderá eventualmente sofrer alterações, afinal, anteriormente, a jurisprudência já passou por um notável avanço ao deixar de consagrar a paridade entre lei ordinária e tratados internacionais de direitos humanos. Caso essa mudança de entendimento realmente ocorra, todos os tratados e convenções que versarem sobre direitos humanos passariam a ter um status constitucional, o que conseqüentemente alargaria ainda mais o número de normas aptas a servirem como parâmetro de constitucionalidade.

Uma vez que direitos fundamentais são sempre materialmente constitucionais, é incompatível condicioná-los a uma hierarquia normativa meramente infraconstitucional.

A posição atualmente adotada pelo STF, que emprega um status de supralegalidade aos tratados de direitos humanos anteriores à EC 45, pretere, em um primeiro momento, os direitos humanos prestigiados nesses tratados a um plano secundário quando comparados a direitos fundamentais previstos na constituição e, além disso, conforme destaca Valeiro Mazzuoli, cria uma “duplicidade de regimes jurídicos” para tratados de direitos humanos.

Note-se que, apesar do entendimento majoritário da Corte a respeito do status normativo de tratados e convenções de direitos humanos anteriores à EC 45/04, mesmo que esses documentos não integrem o bloco de constitucionalidade brasileiro, devido ao controle de convencionalidade, realizado no âmbito interno do país, é vedado que normas infraconstitucionais contrariem o disposto nesses tratados. Isso ocorre porque em decorrência do seu status supralegal, passam a gozar de força paralisante e impeditiva. Consequentemente, revogam normas infraconstitucionais contrárias a eles que já componham o direito positivo e, além disso, impedem que normas infraconstitucionais contrárias a eles ingressem no sistema normativo brasileiro.

Desse modo, levando-se em consideração os efeitos do controle de convencionalidade, o STF parece ter caído em contradição ao afastar a teoria da paridade entre os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45 e a Constituição Federal. A título de exemplo, ao vedar essa paridade, o STF poderia ter afastado a prisão do depositário infiel – vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica, mas permitido pelo texto constitucional – por meio da lógica em favor da pessoa, entretanto, afastou a possibilidade dessa prisão afirmando uma tese de supralegalidade desse Pacto. Em casos similares, por mais que se argumente que a constituição não foi revogada, ocorreu uma derrogação informal do dispositivo constitucional expresso.⁷⁹

Assim, qualquer tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil, independentemente de sua hierarquia normativa, assegura a oportunidade de analisar a compatibilidade entre esses tratados e atos normativos, seja por integrarem o bloco de constitucionalidade, seja por comporem o denominado bloco de convencionalidade.

Por mais que a realidade brasileira seja distinta da francesa e, apesar da Constituição Federal de 1988 ser classificada como analítica, não sintética, uma vez que trata dos mais diversos assuntos, sejam eles materialmente constitucionais ou não, conforme foi observado através do estudo de acórdãos do Supremo Tribunal Federal,

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Prisão civil do depositário infiel e o "controle de convencionalidade". 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>.

com o passar dos anos, o Brasil vem se abrindo cada vez mais à ideia do Bloco de Constitucionalidade.

A teoria de bloco de constitucionalidade evidentemente deve se amoldar à realidade brasileira, assim como ocorreu na França, isto é, o tempo dirá quais normas poderão compor o referido bloco. Assim, o rol de normas integrantes do Bloco de Constitucionalidade brasileiro está em constante transformação. Cada vez que um novo tratado ou convenção internacional de direitos humanos passar pelo crivo do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o bloco de constitucionalidade será ampliado.

Restou confirmado que a utilização da teoria do bloco de constitucionalidade no que concerne o controle de constitucionalidade é uma evolução diante da necessidade de se dar uma proteção mais ampla aos direitos e garantias fundamentais que os brasileiros têm conquistado no decorrer das últimas décadas. Nessa perspectiva, a instituição de métodos de proteção da salvaguarda do texto constitucional atendem à necessidade de preservar a ordem fundamental em face de possíveis ofensas pelo ordenamento jurídico ordinário.

A aplicação do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado até então ter se mostrado acanhada, é de grande relevância para o resguardo de normas que possuem o papel de garantir a ampliação e respeito a direitos e garantias estreitamente ligados à dignidade da pessoa humana, princípio e valor fundamental do Estado brasileiro, visto por muitos como sendo o princípio de maior hierarquia da Constituição.

O sistema constitucional brasileiro arquiteta o seu bloco de constitucionalidade através do agrupamento da Constituição Federal de 1988, dos direitos fundamentais encontrados nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, dos direitos fundamentais implícitos que são extraídos dos direitos fundamentais e dos direitos decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição.

Quanto às demais normas materialmente constitucionais que não estão presentes no texto da Constituição brasileira e que não compõem o Bloco de Constitucionalidade, esta categoria de normas produz efeitos para fins de interpretação constitucional, mas não produz efeitos para fins de processo legislativo. Em outros termos, é uma classificação que somente opera implicações em relação à hermenêutica constitucional.

Consequentemente, diferentemente do que ocorre na realidade francesa, as normas infraconstitucionais materialmente constitucionais não integram o Bloco de

Constitucionalidade brasileiro e, portanto, não são capazes de servir de parâmetro de controle de constitucionalidade em sede de ações do controle abstrato.

No contexto brasileiro, todos os exemplos de normas legais que contêm matérias típicas de constituição, portanto, serão modificadas ou revogadas por outras normas legais. Não obstante, para fins de hermenêutica constitucional, deve ser levado em consideração que o valor consubstanciado por essas normas jurídicas é valor constitucional, podendo ser aplicado os princípios e técnicas próprias de interpretação da constituição.

Demonstrou-se que, na atualidade, as constituições ostentam na sua composição numerosas normas-princípios voltadas à defesa dos direitos fundamentais. O alargamento do catálogo dos direitos fundamentais de modo a ultrapassar o próprio corpo codificado, com base na amplitude material da Constituição Federal de 1988, vem a comprovar, além da existência de um bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a importância da atividade de interpretação do Supremo Tribunal Federal na proteção e concretização de direitos humanos e na consolidação da democracia, isto é, de um governo submetido a conjunturas democráticas de equivalente status para todos os indivíduos.

Consequentemente, como Supremo Tribunal Federal assume o importante papel de verdadeiro guardião da Constituição, ele tem a responsabilidade de interpretar a norma constitucional. Assim, na proteção de garantias e direitos fundamentais, interpretará o bloco de constitucionalidade, sob pena de incorrer no engessamento do ordenamento constitucional brasileiro e preterir a preservação da dignidade da pessoa humana a um segundo plano.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional comparado: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.107.

BARROSO. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional comparado: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.107.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm; acesso em: 02 Junho 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5357**. Relator: Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática da Liminar, Brasília, DF, 19 de novembro de 2015.

_____. **ADI 5240**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015.

_____. **Informativo n. 719**. Brasília, DF, 09 a 13 de setembro de 2013.

_____. **ADI 903**. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 22 de maio de 2013.

_____. **RE 477554**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 de julho de 2011.

_____. **HC 96772**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de junho de 2009.

_____. **HC 94013**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009.

_____. **RE 349703**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

_____. **RE 466343**, Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

_____. **HC 87585**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008.

_____. **ADI 514**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de março de 2008.

_____. **Decisão Monocrática do Min. Celso de Mello, MS 24645**, Brasília, DF, 08 de setembro de 2003.

_____. **RE 248.869**. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 07 de agosto de 2003.

_____. **ADI 2076**. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 15 de agosto de 2002.

_____. **RE 265.780**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 07 de agosto de 2002.

_____. **ADI 595**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2002.

_____. **Agravo de Instrumento nº 278127**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de setembro de 2000.

_____. **HC 79785**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

_____. **ADI 1480**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de setembro de 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4a ed., Coimbra: Almedina, 1987, p. 712.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Law's Empire**. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.

FILHO, Robério Nunes dos Anjos. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – Diálogos Contemporâneos**. Editora JusPodium, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Disponíveis em: www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921.

FRANÇA. **Decisão nº 71-44 DC de 16 de julho de 1971**. Paris: Conselho Constitucional Francês, 1971.

_____. França. Constituição (1958). **Constituição Francesa de 1958**, de 4 de outubro de 1958.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de Agosto de 1789.

HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional**. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1957 p. 43.

JELLINEK, Georg e GARCIA, Emerson. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno - V. 2**. Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário**. Revista Sequência, no 59, p. 43-60, dez. 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **Direito constitucional**. 2 ed. Fortaleza: LCR, 2008b. p. 25

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 125 e ss.

MELLO, Celso Duduvier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.343-345.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 08.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Atlas, 2019.

JOSINO NETO, Miguel. **O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250 e ss.

RIALS, Stéphane. ***La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen***, Paris (Hachette), 1988, pp. 350 ss.

RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição**. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191.

SAMPAIO, Laerte José Castro. **Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil** São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Disponível em: www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>.

_____. **Prisão civil do depositário infiel e o "controle de convencionalidade"**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>.

_____. **Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2011, p 78.

TORRES, Ricardo Lobo. **(Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.